

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

---

# LE MARIAGE

QUANT AUX CONDITIONS INTRINSÈQUES ET AUX FORMALITÉS EXTÉRIEURES

EN

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

---

CONFLIT DES LOIS ET LÉGISLATION COMPARÉE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le Vendredi 19 Juin 1908, à 1 heure 1/2*

PAR

ALEXANDRE C. ORESCU

---

*Président : M. AMBROISE COLIN, professeur.*

*Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur  
AUDIBERT, professeur*

---

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

ANCIENNE MAISON L. LAROSE & FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, 5<sup>e</sup> Arr<sup>t</sup>

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

---

1908







Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41555816\\_0016](https://archive.org/details/IA41555816_0016)





**THÈSE**  
**POUR LE DOCTORAT**

---

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni  
improbation aux opinions émises dans les thèses ;  
ces opinions doivent être considérées comme propres  
à leurs auteurs.

---



# LE MARIAGE

QUANT AUX CONDITIONS INTRINSÈQUES ET AUX FORMALITÉS EXTÉRIEURES

EN

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

---

CONFLIT DES LOIS ET LÉGISLATION COMPARÉE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le Vendredi 19 Juin 1908, à 1 heure 1/2*

PAR

ALEXANDRE C. ORESCU

---

*Président : M. AMBROISE COLIN, professeur.*

*Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur  
AUDIBERT, professeur*



---

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

ANCIENNE MAISON L. LAROSE & FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, 5<sup>e</sup> Arr<sup>t</sup>

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

---

1908



## BIBLIOGRAPHIE

---

### 1<sup>o</sup> *Ouvrages généraux et monographies.*

ACTES de la conférence de La Haye chargée de régler diverses matières du droit international privé (12 septembre 1893), 1<sup>re</sup> partie, La Haye, 1893.

ACTES de la deuxième conférence de La Haye, chargée de régler diverses matières du droit international privé (25 juin-13 juillet 1894), La Haye, 1894.

ACTES de la troisième conférence de La Haye pour le droit international privé (29 mai — 18 juin 1900), La Haye, 1900.

ALEXANDRESCO. — Droit ancien et moderne de la Roumanie, Paris et Bucarest, 1898.

ANGELESCO (Georges). — Etude sur la Dobrogea au point de vue de l'organisation des Pouvoirs publics (*Thèse*), Paris, 1907.

ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH. — Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon, 2<sup>e</sup> édit., Paris, 1856.

*Annuaire de législation étrangère*, 1872-1906.

*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1877-1906.

ASSER (T.-M.-C.). — Eléments de droit international privé ; traduit du néerlandais par M. Alphonse Rivier, Paris, 1884.

AUDINET (Eugène). — Principes élémentaires du droit international privé, Paris, Pedone, 1894.

BAR (L. von). — Theorie und Praxis des internationalen Privatrecht, 2<sup>e</sup> éd., 2 vol., Hanovre, 1889.



- BARCLAY. — La femme anglaise, mariage, divorce, biens, nationalité, procédure, Paris, Pedone, 1896.
- BARRAUD. — Droit civil international du mariage et des régimes matrimoniaux, broch., Paris, 1893.
- BARTIN (E.). — Etudes de droit international privé, Paris, Chevalier-Marescq, 1899.
- BÉCHAUX. — Le mariage en droit français et en droit international (*Thèse*), Paris, 1877.
- BOISSARIE (René). — De la notion de l'ordre public en droit international (*Thèse*), Paris, 1888.
- BOUHIER. — Observations sur la coutume de Bourgogne, 1717-1787.
- BOULLENOIS. — Traité de la personnalité et de la réalité des loix, coutumes et statuts, Paris, 1766.
- BOUJOL. — Etudes des règles de forme concernant les mariages contractés par des nationaux en dehors de leurs pays (*Thèse*), Toulouse, 1904.
- BRESSOLLES. — Questions de droit international à propos du traité de droit international privé, offert par M. Ch. Brocher, Paris, 1884.
- BROCHER (Ch.). — 1° Nouveau traité de droit international privé, Paris, 1876.  
2° Cours de droit international privé, 3 vol. in-8°, Paris, 1882-1885.
- BULLETIN de la Société de législation comparée, 1869-1906, Paris, Pichon.
- BUSDUGAN (Constantin N.). — Du mariage des Roumains à l'étranger et des étrangers en Roumanie, avec une préface de M. Alexandresco, Bucarest, Socecă, 1900.
- BUZZATI. — L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili (*Locus regit actum*), Turin, 1894.
- CALVO (C.). — Manuel de droit international public et privé, 3° édit., Paris, Rousseau, 1892.
- CLUNET. — Tables générales du *Journal du droit international privé*, 1874-1904, 2 vol., Paris, 1905.

COLIN (Ambroise). — Des fiançailles (*Thèse*), Paris, 1887.

DAIREAUX. — Etude sur les principes de droit international privé dans la République Argentine, à propos d'une réforme des lois qui y régissent la constitution de la famille, 1 broch. in 8, 22 pp., Paris, Pichon, 1885.

DEMANGEAT. — Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et le nouveau droit, Paris, 1844.

DESPAGNET (Frantz). — Précis de droit international privé, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1891 ; 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1898.

DISSESCU (C.-G.). — Drept public român, 3 vol., Bucarest, 1891.

DICEY (A.-V.). et STOCQUART (Emile). — Le statut personnel anglais ou la loi du domicile envisagée comme branche du droit anglais, 2 vol., Chevalier-Marescq, Paris, Londres et Bruxelles, 1887.

DOCUMENTS relatifs à la troisième conférence de La Haye pour le droit international privé, La Haye, 1900.

DUBASTY. — Des mariages contractés à l'étranger par des Français et en France par des Etrangers (*Thèse*), Paris, 1876.

DE CLERCQ et VALLAT. — Guide pratique des consulats, Paris, Pedone, 1898.

DUGUIR (L.). — Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils (*Thèse*), Paris, 1882.

ESMEIN. — 1<sup>o</sup> Le mariage en droit canonique, Paris, 2 vol., 1891.

2<sup>o</sup> Cours élémentaire de l'histoire du droit français, 5<sup>e</sup> édit., Paris, 1903.

FIELD (Dudley). — Projet d'un Code international, proposé aux diplomates, aux hommes d'Etat et aux jurisconsultes, contenant en outre l'exposé du droit international actuel, etc., traduit par M. Albéric Rolin, Paris et Gand, 1881-82.

FIORE (Pasquale). — Droit international privé, etc., trad. par M. Pradier-Fodéré, Paris, 1875 ; 2<sup>e</sup> édit., trad. par M. C. Antoine, Paris, 1890.

FÉLIX et DEMANGEAT. — Traité de droit international privé,

ou du conflit des lois des différentes nations, 4<sup>e</sup> édit., Paris, 1866.

GARIN. — Des conditions requises pour la validité du mariage dans le droit international moderne, Paris, 1876.

GARNIER. — Internationales Ehescheiessungrecht, Berne, 1885.

GLASSON. — Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe, 2<sup>e</sup> édit., Paris, 1880.

GRASSERIE (R. de la). — Résumés analytiques des principaux Codes civils de l'Europe et de l'Amérique, — 1<sup>o</sup> Code civil chilien, Paris, Giard et Brière, 1896.

2<sup>o</sup> Code civil mexicain, Paris, Pedone, 1895.

GUILLAUME (Baron). — Le mariage en droit international et la conférence de La Haye, Bruxelles, Muquardt, 1894.

HUC ET ORSIER. — Le Code civil italien et le Code Napoléon, étude de législation comparée, 2<sup>e</sup> éd., 2 vol., Paris, 1868.

JITTA (Josephus). — La méthode du droit international privé, La Haye, Paris, 1890.

JOURNAL du droit international privé, 1874-1907, Paris, Marchal et Billiard.

LAINÉ (A.). — Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts, Paris, Pichon, 1888-92.

LANEYRIE et DUBOIS. — Code civil portugais du 1<sup>er</sup> juillet 1867, Paris, Pichon, 1896.

LAURENT (F.). — 1<sup>o</sup> Principes de droit civil, 3<sup>e</sup> éd., 1869-78.

2<sup>o</sup> Le droit civil international, 8 vol., Bruxelles et Paris, 1880-82.

LAURENT (Arsène). — De la validité du mariage canonique contracté en France entre étrangers dont la loi nationale reconnaît ce mariage, Paris, Larose, 1895.

LAWRENCE (William Beach). — Commentaire sur les éléments de droit international de Wheaton, 4 vol., Leipzig, Brockhaus, 1868-1880.



LE CARPENTIER. — Du conflit des lois françaises et étrangères en matière de mariage (*Thèse*), Paris, 1879.

LOISEAU. — Du domicile comme principe de compétence législative (*Thèse*), Paris, 1885.

LEHR (E.). — 1<sup>re</sup> Eléments de droit civil russe, 2 vol., Paris, 1877.

2<sup>o</sup> Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés, Paris, Larose, 1899.

3<sup>o</sup> Eléments de droit civil anglais, 2<sup>e</sup> éd., 2 vol., Paris, 1906.

LEVÉ. — Code civil espagnol, Paris, Pedone, 1890.

MĂRZESCU (G.). — Căsătoria, studiu comparativ după dreptul civil, dreptul canonic și dreptul civil internațional, București, 1888.

MEULENAERE (O. de). — Code civil allemand et loi d'introduction promulgués le 18 août 1896 pour entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1900, Paris, 1897.

*Pandectes françaises*, 1886-1907.

PIC (Paul). — Mariage et divorce en droit international et en législation comparée, Paris, 1886.

PLANIOL (Marcel). — Traité élémentaire de droit civil, tome troisième, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1903.

PILLET (A.). — De l'ordre public en droit international privé, Grenoble et Paris, 1890.

REGNAULT (P.). — Le mariage quant à ses conséquences intrinsèques, la séparation de corps et le divorce en droit international (*Thèse*), Paris, 1903.

*Revue de droit international et de législation comparée*, Paris, 1869-1906.

ROLIN (Albéric). — Principes de droit international privé, 3 vol., Paris, 1897.

ROUARD DE CARD. — Etudes de droit international, Paris, 1890.

SAVIGNY (Von). — System des heutigen römischen Rechts (le tome VIII), trad. en français par Guenoux, sous le titre : Système de droit romain, Paris, Didot, 1851-55.

SALEM. — Du mariage des étrangers en Turquie.

- SURVILLE et ARTHUYS. — Cours élémentaire de droit international privé, Paris, 2<sup>e</sup> éd. 1895, — 3<sup>e</sup> éd. 1900.
- STOQUART (E.). — Commentaire de la loi du 20 mai 1882 sur le mariage des Belges en pays étranger, abrogeant l'art. 170 du Code civil, Bruxelles, 1883.
- TRIEPERS. — Codes néerlandais, Maestricht, 1886.
- VANTROYS. — Etude historique et critique sur le consentement des parents au mariage (*Thèse*), Paris, 1889.
- VAREILLES-SOMMIÈRES (marquis de). — La synthèse du droit international privé, Paris, 1898.
- VARNIER. — Du mariage au point de vue du droit international privé (*Thèse*), Paris, 1891.
- VERGER (A.). — Des mariages contractés en pays étrangers, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Cabanon, 1883.
- VINCENT et PÉNAUD. — Dictionnaire de droit international privé, Paris, 1888.
- WEISS (André). — Traité théorique et pratique du droit international privé, tome III. Le conflit des lois, Paris, Larose, 1898.

2<sup>o</sup> *Articles de journaux et revues.*

- ALEXANDER. — Du mariage en droit international suivant la jurisprudence anglaise (*Journal du dr. int. pr.*, 1881, p. 193).
- ASSER (T.-M.-C.). — 1<sup>o</sup> Droit international privé et droit uniforme (*Revue de droit international*, 1880, p. 5).
- 2<sup>o</sup> La codification du droit international privé — 2<sup>o</sup> conférence de La Haye (*Revue de droit international*, 1894, p. 349).
- 3<sup>o</sup> Projets de convention de La Haye pour le droit international privé (*Revue de droit international*, 1901, p. 437).
- AUDINET (E.). — Le droit international privé dans le nouveau Code civil espagnol (*Journal du dr. int. pr.*, 1891, p. 1106).

BAR (L. von). — 1<sup>o</sup> Conflit des lois en matière de mariage et de divorce (*Journal du dr. int. pr.*, 1887, p. 696).

2<sup>o</sup> Esquisse de droit international privé, trad. en fr. par M. Weiss (*Journal du dr. int. pr.*, 1887, p. 257 ; 1888, p. 5, 441).

3<sup>o</sup> Du conflit contre la loi du domicile et la loi de la nationalité (*Journal du dr. int. pr.*, 1895, p. 22).

BARKOWSKI (J.). — Mariage, Polonais russes catholiques, célébration à l'étranger, cérémonie civile, absence de cérémonie religieuse, nullité (*Journal du dr. int. pr.*, 1898, p. 95).

BARTIN. — 1<sup>o</sup> Les dispositions d'ordre public, la théorie de la fraude et l'idée de la communauté internationale (*Revue de droit international*, 1897, p. 670).

2<sup>o</sup> De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois (*Journal du dr. int. pr.*, 1897, p. 225, 466 et 720).

BEAUCHET. — Etude sur les formes de la célébration du mariage dans l'ancien droit français (*Nouvelle Revue historique*, 1882, p. 671).

BORNO (L.). — Etude sur la loi haïtienne du 30 octobre 1860 relativement aux mariages haïtiens et étrangers (*Journal du dr. int. pr.*, 1893, p. 754).

BROCHER (U.). — 1<sup>o</sup> Théorie du droit international privé (*Revue de droit international*, 1871, p. 422, 540 ; 1872, p. 189 ; 1873, p. 137 et 390).

2<sup>o</sup> Des bases théoriques du droit international privé (*Revue de législation ancienne et moderne*, 1878, p. 225).

CHAUSSE (A.). — 1<sup>o</sup> Examen doctrinal de droit international. Echelles du Levant. Mariages mixtes. *Locus regit actum* (*Revue critique de législation et de jurispr.*, 1891, p. 213).

2<sup>o</sup> Du rôle international du domicile (*Journal du dr. int. pr.*, 1897, p. 5).

COLIN (Ambroise). — Etude sur la théorie du renvoi, particulièrement au cas de testaments laissés par des Anglais,

- morts en France, après une résidence prolongée. Note sous Pau, 11 juin 1906 (D. P., 1907, 2, 1).
- CONTUZZI. — La compétence diplomatique et consulaire en matière d'état civil (*Revue prat. de dr. int. pr.*, 1890-1891, 2, 129).
- DELPECH (J.). — Compétence des agents diplomatiques et consulaires pour la célébration des mariages en pays étrangers. Loi du 21 novembre 1901 (*Revue génér. du dr. int. public*, t. VIII, 1901, p. 762).
- DESPAGNET (Frantz). — 1° L'ordre public en droit international privé (*Journal du dr. int. pr.*, 1889, p. 5 et 207).  
2° La règle *Locus regit actum* et l'ordre public (*Revue prat. du dr. int. pr.*, 1890-91, 2, 52).
- ELPHINSTONE et DARRAS. — Notes sur la législation anglaise du mariage (*Journal du dr. int. pr.*, 1890, p. 808).
- ESPERSON (P.). — Le droit international privé dans la législation italienne (*Journal du dr. int. pr.*, 1880, p. 245 et 337; 1881, p. 206; 1882, p. 154 et 270; 1883, p. 263; 1884, p. 168, 251, 365 et 604).
- FABRÈS (José-Clemente). — Le droit international dans la législation du Chili (*Journal du dr. int. pr.*, 1887, p. 133 et 291; 1888, p. 482).
- FIGLIORE (Pasq.). — Du mariage célébré à l'étranger suivant la législation italienne (*Journal du dr. int. pr.*, 1886, p. 161 et 299; 1887, p. 46 et 154).
- FLAISCHLEN (G.). — La jurisprudence roumaine en matière de droit international (*Revue de droit international*, 1894, p. 288; 1899, p. 145).
- FÉLIX. — Des mariages contractés au pays étranger (*Revue de droit français et étranger*, t. VIII, p. 433, 633, 700, 790 et 876).
- FUZZIER-HERMAN. — Du mariage des prêtres français à l'étranger (*Revue pratique de dr. int. pr.*, t. XLI, p. 109).
- GLASSON (E.). — Les abus qui peuvent résulter du conflit des



lois relatives au mariage (*Annales de l'Ecole libre des Sciences politiques*, 1886).

GONSE. — Etude sur la législation relative à la célébration du mariage en Angleterre, en Ecosse et en Irlande (*Bulletin de la Société de législation comparée*, 1874-1875, p. 80).

KEIDEL. — 1° Le mariage des étrangers en Bavière (*Journal du dr. int. pr.*, 1896, p. 181).

2° Le mariage des Bava-rois à l'étranger (*Journal du dr. int. pr.*, 1897, p. 986).

3° Le droit international privé dans le nouveau Code allemand (*Journal du dr. int. pr.*, 1899, p. 33).

KÖNIG. — De la preuve des mariage contractés par des Anglais à l'étranger (*Journal du dr. int. pr.*, 1885, p. 275).

LABBÉ. — Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère relativement à la détermination de la loi applicable à la cause (*Journal du dr. int. pr.*, 1885, p. 5).

LAINÉ (A.). — 1° Le droit international privé en France, considéré dans ses rapports avec la théorie des statuts (*Journal du dr. int. pr.*, 1885, p. 129 et 219 ; 1886, p. 146 ; 1887, p. 21).

2° Etude concernant la loi fédérale suisse du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (*Bulletin de la Soc. de législ. comp.*, 1894, p. 128 et 129), [Tirage à part].

3° La conférence de La Haye relative au droit international privé (*Journal du dr. int. pr.*, 1894, p. 5 et 236). [Tirage à part.]

4° La conférence de La Haye relative au droit international privé, 2° session (*Journal du dr. int. pr.*, 1895, p. 465 et 734). [Tirage à part].

5° De l'application des lois étrangères en France et en Belgique (*Journal du dr. int. pr.*, 1896, p. 241 et 481).

6° La conférence diplomatique de La Haye relative au droit international privé [3° session, 29 mai — 19 juin 1900].

(*Journal du dr. int. pr.*, 1901, p. 5 et 231). [Tirage à part].

7° La théorie du renvoi en droit international privé (*Revue de dr. int. pr. et de dr. pénal int.*, 1907, p. 43, 313, 661).

LAURENT (Arsène). — De la validité du mariage religieux non précédé de mariage civil, contracté en France par deux étrangers (*Journal du dr. int. pr.*, 1895, p. 268).

LAWRENCE (William Beach). — Etude de législation comparée et de droit international sur le mariage (*Revue de droit international*, 1870, p. 53 et 243).

LEBRET. — Jurisprudence de New-York en matière de mariages contractés à l'étranger (*Journal du dr. int. pr.*, 1884, p. 428).

LEGRAND. — La conférence de droit international privé de La Haye (*Recueil de l'Académie des sciences morales et politiques*, février 1894.)

LEHR (E.). — 1° De la force obligatoire de la législation russe au point de vue du droit international (*Journal du dr. int. pr.*, 1877, p. 205).

2° D'un projet de règlement international en matière de mariage (*Journal du dr. int. pr.*, 1884, p. 49 ; *Revue de droit international*, 1885, p. 151).

3° Du mode de célébration en France d'un mariage entre Française et étranger (*Journal du dr. int. pr.*, 1885, p. 657).

4° De la compétence à attribuer aux agents diplomatiques ou consulaires comme officiers de l'état civil ; examen de la règle proposée en juillet 1894 par la conférence de La Haye (*Revue générale du dr. int. public*, 1894, p. 441).

5° La nouvelle législation hongroise sur l'état civil et le mariage civil (*Journal du dr. int. pr.*, 1895, p. 751).

LIPINSKI. — La situation des étrangers en Pologne avant et après le partage (*Bulletin de Soc. de législ. comp.*, 1887, p. 404).

MANDESTAM (A.). — 1° Du mariage et du divorce dans les rap-

ports internationaux au point de vue du droit russe (*Journal du dr. int. pr.*, 1902, p. 243 et 460).

2° Du mariage et du divorce des Ottomans à l'étranger et des étrangers en Turquie (*Journal du dr. int. pr.*, 1903, p. 86).

MARCHAL (E). — Le mariage en droit international privé et la conférence de La Haye (*Bulletin de l'Académie royale des sciences, lettres et beaux-arts de Belgique*, 1894, n° 6.)

MONTLUC (Léon de). — Examen critique du Code civil de Mexico (*Revue de droit intern. et législ. comp.*, 1872, p. 309).

OLIVECRONA (K d'). — 1° Le mariage des étrangers en Suède et des Suédois à l'étranger (*Journal du dr. int. pr.*, 1883, p. 343).

2° Les Juifs en Suède au point de vue juridique et social (*Revue de droit international*, 1887, p. 526).

OLIVI (L.). — 1° Du mariage en droit international privé (*Revue de droit international*, 1883, p. 209 et 357).

3° Du conflit des lois en matière d'absence (*Revue générale de droit*, 1887, p. 425 et 520 ; 1888, p. 136).

PAUNCEFOTE (Julian). — Mesures administratives prises en Angleterre pour éviter les inconvénients juridiques produits en certains cas par des mariages célébrés en ce pays entre Anglaises et Français (*Journal du dr. int. pr.* 1886, p. 68).

PÆPE (Polydore de). — Etat, capacité et meubles des étrangers (*Revue de droit international*, 1900, p. 378).

PAVLOVITCH. — De la condition des étrangers en Serbie (*Journal du dr. int. pr.*, 1884, p. 18).

PICARD (E). — De la célébration du mariage des Belges en pays étranger (*Journal du dr. int. pr.*, 1885, p. 46).

PILLET (A.). — 1° Etude des sources du droit international privé (*Journal du dr. int. pr.*, 1891, p. 5).

2° Le droit international privé, Essai d'un système général de solution des conflits de lois (*Journal du dr. int. pr.*, 1894, p. 417 et 711 ; 1895, p. 241, 500 et 929, 1896, p. 5)

PERITCH (Jivoïn). — De la juridiction compétente en Serbie pour connaître des actions en divorce ou en nullité du mariage formées par des époux étrangers (*Journal du dr. int. pr.*, 1900, p. 742).

RENAULT (L.). — Le droit international privé et la conférence de La Haye (*Annales de l'Ecole libre des sciences politiques* 1894, p. 310).

RITTNER. — Observations sur les divorces entre étrangers, à propos d'un cas singulier de mariage suisse-hongrois (*Journal du dr. int. pr.*, 1885, p. 152).

ROLLAND (Henri de). — Du mariage des étrangers en Italie (*Revue pratique de dr. int. pr.*, 1892, p. 243).

SALEM. — 1° Du mariage des étrangers en Turquie (*Journal du dr. int. pr.*, 1889, p. 23 et 381).

2° Des mariages célébrés en pays musulmans entre sujets européens de nationalité différente devant le consul du pays de l'un d'eux (*Journal du dr. int. pr.*, 1890, p. 446).

SALMERON. — Donation par un père espagnol à sa fille sujette italienne. Biens meubles et immeubles situés en France et en Espagne. Validité, conflit des lois française et espagnole (*Journal du dr. int. pr.*, 1882, p. 405).

SEYMOOR VAN SANTVOORD. — Du second mariage contracté dans un Etat étranger par l'époux coupable à la suite d'un divorce prononcé dans l'Etat de New-York (*Journal du dr. int. pr.*, 1881, p. 138).

SOUZA BANDEIRA FILHO. — Le mariage au Brésil [trad. en franç. par M. Lemarchand] (*Journal du dr. int. pr.*, 1881, p. 325).

STOCQUART (E.). — 1° Le mariage en droit international (*Revue de droit international*, 1887) [tirage à part].

2° Commentaire de la loi du 20 mai 1882 sur le mariage de Belges en pays étranger, abrogeant l'article 170 du Code civil, Bruxelles, 1888 (Extrait de la *Revue du droit belge* jointe à la *Pasicrisie*).

3° Le privilège d'extraterritorialité, spécialement dans ses



rapports avec la validité du mariage célébré à l'ambassade ou au consulat (*Revue de droit international*, 1888, p. 260) [tirage à part].

4<sup>o</sup> Des lois espagnoles sur le mariage et de leur effet extraterritorial (*Revue du droit international*, 1891, p. 30).

5<sup>o</sup> Le mariage en droit écossais (*Journal du dr. int. pr.*, 1902, p. 746 et 988).

STOERCK. — De la condition des étrangers en Autriche (*Journal du dr. int. pr.*, 1880, p. 329).

SULIOTIS (Chr.) De la condition des étrangers en Roumanie (*Journal du dr. int. pr.*, 1889, p. 430 et 559).

SURVILLE. — Jurisprudence en matière de droit international. Examen doctrinal (*Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1894, p. 259, 1895 ; p. 65, 1896, p. 213).

TYPALDO-BASSIA (A.). — Formalités et conditions requises par la législation grecque pour contracter mariage (*Journal du dr. int. pr.*, 1896, p. 60).

2<sup>o</sup> Note sur les formalités et conditions requises par la législation grecque pour contracter mariage (*Bulletin de la Soc. de législ. comp.*, 1896, p. 164).

VAREILLES-SOMMIÈRES (marquis de). — La synthèse du droit international privé (*Journal du dr. int. pr.*, 1900, p. 5, p. 258).

VAUTHIER (M.). — Les étrangers et l'application des lois de l'Etat indépendant du Congo (*Revue prat. du dr. int. pr.*, 1890-91, 2, 279).

WESTLAKE (John). — La doctrine anglaise en matière de droit international privé (*Revue du droit international*, 1881, p. 435 ; 1882, p. 285 ; *Journal du dr. int. pr.*, 1881, p. 312, 1882, p. 5).

WHARTON (Francis). — Du mariage aux Etats-Unis (*Journal du dr. int. pr.*, 1879, p. 229 et 509).

---



## INTRODUCTION

L'ancienne France, partagée par des coutumes hostiles et batailleuses, revendiquant chacune toutes les prérogatives de la souveraineté territoriale, ignorait l'unité législative. Le Code Napoléon en les supprimant réalisa l'uniformité de législation, commencée par les grandes ordonnances royales, par les continuateurs de Pothier et de Dumoulin, et surtout réclamée par les négociants intéressés à la disparition de ces droits défendus par des tarifs douaniers, empêchant la libre circulation des denrées et la formation de ces fructueux contrats qui aujourd'hui permettent l'échange des diverses richesses. Chaque pays a connu ces nécessités : l'Allemagne réalisa l'unité législative en 1900, la Suisse a un Code depuis la fin de l'année 1907.

Ce sont des nécessités identiques que nous trouvons à l'origine du droit international privé. Les besoins du commerce, de même que la rapidité des moyens de communication ont rapproché les nations,

comparables, au point de vue des rapports mutuels, à autant de régions d'une plus vaste société, la « société des nations », selon la formule de M. Léon Bourgeois.

Mais sans nous arrêter à l'intensité du commerce mondial, si l'on se rappelle que voyager n'est pas seulement l'affaire des négociants, mais que l'extension des rapports intimes entre les peuples civilisés facilite les mariages entre personnes de nationalité différente, de même que les unions entre personnes de même nationalité sur des territoires étrangers, nous voyons la nécessité urgente qu'il y avait de réglementer les conflits possibles entre les législations des différents peuples.

Le *cosmopolitisme* de la société actuelle — comme le dit fort bien le baron Guillaume — impose aux gouvernements comme aux jurisconsultes de nouveaux devoirs à remplir.

La loi nationale de l'individu — la loi nationale qui tend de plus en plus à devenir le principe dirigeant du droit international privé — qui doit suivre cet individu en tous lieux et dans tous les rapports juridiques, pourra-t-elle atteindre pareil but, pourra-t-elle le suivre et le protéger, pourra-t-elle lui garantir les moyens de contracter une famille dans les diverses contrées ?

A la première séance de la première conférence de La Haye (12 septembre 1893), le ministre des Affaires

étrangères des Pays-Bas, M. Van Tienhoven, disait aux congressistes : « Bien que les différents Codes de l'époque moderne n'aient pas méconnu les droits des étrangers, il est incontestable que de la diversité et souvent de l'imperfection des systèmes basés sur un régime antérieur, naissent de nombreux inconvénients qui se font de plus en plus sentir dans un temps où les frontières tendent à disparaître, soit par les voies ferrées, dont le nombre va toujours croissant, soit par les lignes de navigation ouvrant presque journellement de nouvelles voies, reliant l'un à l'autre tous les pays, tous les continents du globe terrestre. »

A l'idée traditionnelle et irréfléchie d'appliquer toujours et à tous sa loi comme étant la meilleure, succède l'idée moderne qu'une nation est une unité morale et que le sol n'est que l'accessoire de la personne, et c'est cette idée qui a permis aux étrangers l'application de leur loi nationale. On ne déroge au principe de la personnalité des lois que lorsque l'intérêt des personnes l'exige — et de là est née la règle *Locus regit actum*, — ou encore lorsque l'appréciation de la loi étrangère trouble l'ordre public de l'Etat où l'acte a lieu. Cependant, méfions-nous de cette notion dite de l'*Ordre public international*, car c'est en son nom que se dressent prohibitions et empêchements absurdes. Elle n'est, au fond, comme écrit M. Bartin, « que le résidu continuellement diminué de l'idée tenace que



les tribunaux d'un pays ne peuvent jamais appliquer au rapport de droit qu'on leur soumet, que la loi civile de leur pays, parce qu'ils considèrent cette loi, dans leur ignorance des habitudes auxquelles correspond la loi civile du voisin, comme la meilleure de toutes. »

C'est dans cette idée que furent réunies les trois conférences de La Haye.

C'est dans cette idée, enseignée par nos maîtres, que nous abordons cette étude.

Le droit international privé nouveau étend de plus en plus la compétence des droits nationaux, fait reculer la tradition féodale, abaisse les murailles qui séparent les peuples, aide au nivellement juridique et crée le droit commun du monde civilisé.

Le mariage n'intéresse pas seulement celui qui le contracte, mais encore sa famille et la société tout entière. C'est pourquoi le droit de contracter mariage est réglé minutieusement par les différentes législations. D'autre part, la conclusion du mariage est entourée de cérémonies qui présentent au moins, lorsqu'elles ne les réunissent pas tous, l'un de ces trois caractères : caractère familial, caractère religieux, caractère civil,

Mais toutes les conditions intrinsèques et toutes les formalités extérieures du mariage varient à l'infini chez les différents peuples. Que deux Français se marient à l'étranger, que deux étrangers de même

nationalité se marient en France, qu'un Français épouse une étrangère, qu'une Française se marie avec un étranger, que deux étrangers de nationalité différente contractent mariage en France : aussitôt deux ou même plusieurs lois diverses sont aux prises, et des conflits apparaissent d'autant plus graves qu'ils intéressent les individus, la société et la morale.

Aussi nous a-t-il paru intéressant de rechercher quelle est à l'heure actuelle, dans ces différents pays civilisés, l'état des législations en ce qui concerne les conditions intrinsèques et les formalités extérieures du mariage et quels moyens sont les plus propres à atténuer les conflits désastreux résultant de la diversité des lois, à assurer aux mariages une existence qui puisse être reconnue partout.



# LIVRE PREMIER

## **Des conditions intrinsèques du mariage en droit international privé et en législation comparée.**

---

### CHAPITRE PREMIER

#### DES CONDITIONS INTRINSÈQUES DU MARIAGE CHEZ LES DIFFÉRENTS PEUPLES CIVILISÉS

S'il est vrai de dire que la faculté de contracter mariage appartient à tous les hommes, et que suivant les paroles de Portalis, elle est universelle comme la nature qui n'est absente nulle part, il faut reconnaître que les conditions requises pour contracter mariage sont loin d'être les mêmes en tout lieu.

Si le consentement des parties est une condition d'existence du mariage dans toutes les législations, la puberté varie entre 14 et 21 ans pour l'homme et entre 12 et 18 ans pour la femme ; le consentement des parents est exigé dans certains pays jusqu'à 25 ans, dans d'autres jusqu'à 21 ans, et dans d'autres

encore pas du tout ; les degrés de parenté prohibés sont plus ou moins nombreux. Si les pays où le mariage civil est institué ne connaissent pas de prohibitions à raison de la religion, ceux où le mariage religieux existe seul ou à côté du mariage civil, édictent des empêchements de ce genre. Enfin, presque toutes les législations contiennent des dispositions particulières, qui les distinguent les unes des autres, car les conditions intrinsèques du mariage varient avec les climats, les mœurs et les conditions historiques, physiologiques et psychologiques des peuples.

Dans ce premier chapitre nous passerons en revue les différentes législations des peuples civilisés, quant aux conditions de fond du mariage.

#### I. — Allemagne.

Le nouveau Code civil allemand (1) a reproduit avec quelques modifications les conditions de fond posées par la loi d'empire du 6 février 1875 (2).

Ainsi, l'homme ne peut se marier avant l'âge de la majorité et la femme avant seize révolus (§ 1903) ; la majorité est fixée à vingt et un ans ; cependant un

(1) V. Keidel, *Le droit international privé dans le nouveau Code allemand* (*Journal du droit int. privé*, 1899, p. 33).

(2) Sur la loi du 6 février 1875, v. Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1880, p. 329 et ss. ; *Annuaire de législation étrangère*, 1875, p. 227.



mineur de dix-huit ans peut être déclaré majeur par le tribunal des tutelles ; les femmes peuvent obtenir dispense d'âge (1). Quiconque ne jouit que d'une capacité juridique restreinte (*in der Geschäftsfähigkeit beschränkt*, ne peut se marier qu'avec l'autorisation de son représentant légal. Lorsque ce représentant est un tuteur, le pupille peut faire suppléer à l'autorisation qu'il lui refuse par le tribunal des tutelles ; ce corps doit y suppléer si la célébration du mariage est dans l'intérêt du pupille (§ 1304) (2).

Jusqu'à l'âge de vingt et un ans, l'enfant légitime ne peut se marier sans le consentement du père ou de la mère, lorsque le père est décédé ou lorsqu'il ne jouit pas des droits découlant de la puissance paternelle. Pour l'enfant naturel, c'est le consentement de la mère qui est nécessaire. L'enfant légitimé n'a pas besoin du consentement de la mère, même en cas de décès du père. Lorsque les père et mère sont en permanence hors d'état de manifester leur volonté ou que leur résidence est inconnue, le cas est assimilé à la mort (§ 1305) (3). Quant à l'enfant adoptif, le droit de consentir à son mariage appartient à celui

(1) Dans la loi de 1873, l'âge était fixé à 20 et à 16 ans, sauf dispense. V. Lehr, *Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés*, Paris, Larose, 1899, n° 98, p. 46, et Regnault, *Le mariage, la séparation de corps et le divorce en droit international* (thèse), Paris, Marchal et Billiard, 1903, p. 195.

(2) *Actes de la troisième conférence de La Haye relative au droit international privé*, 1900, p. 5.

(3) *Ibid.*

qui l'a adopté, et les parents naturels en sont dépouillés définitivement, même si le lien juridique résultant de l'adoption venait à se rompre (§ 1306) (1). Le consentement des père et mère ne peut être donné par représentant légal (§ 1307) et l'enfant, déclaré majeur par anticipation (v. *infra*), peut demander au tribunal des tutelles l'autorisation nécessaire, lorsque ses père ou mère refusent leur consentement sans aucun motif sérieux (§ 1308) (2).

L'existence d'une précédente union, non annulée ni dissoute, fait obstacle au mariage (§ 1309) (3).

Le mariage est interdit : 1° entre parents et alliés en ligne directe, et entre frères et sœurs, germains, utérins ou consanguins ; de même, 2° « entre personnes dont l'une a eu des rapports de cohabitation avec les parents, grands-parents ou descendants de l'autre. Il y a parenté dans le sens de cette disposition entre l'enfant illégitime et ses descendants d'une part, et le père et ses enfants de l'autre » (§ 1310, al. 2 et 3) (4).

(1) *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 5.

(2) *Ibid.*, p. 6.

(3) § 1326 : « Un mariage est nul (*nichtig*) lorsque, au moment de la célébration, l'un des époux était engagé avec un tiers dans les liens d'une union valable » (*Exposé des motifs du projet de Code civil*, t. IV, p. 50 et ss.) ; Cf. Loi saxonne du 5 nov. 1875 (*Lehr, op. cit.*, n° 115, p. 55).

(4) « Il suit de là que le père ne pourrait épouser la concubine de son fils » (Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. III, *Le conflit des lois*, Paris, 1898, p. 368 en note). Cf. § 1327 civ. all.).

L'adoptant ne peut épouser ni l'adopté, ni ses descendants, tant que subsiste le lien créé par l'adoption (§ 1311) (1).

Le mariage est interdit, sauf dispense, entre le conjoint divorcé pour adultère et son complice (§ 1312) (2). La femme ne peut, sauf dispense, ou à moins qu'elle n'ait accouché dans l'intervalle, se remarier pendant les dix mois qui suivent la dissolution ou l'annulation de son précédent mariage (§ 1313) (3). Le conjoint qui a un enfant légitime mineur ne peut se remarier qu'après avoir obtenu du tribunal des tutelles un certificat constatant qu'il s'est acquitté envers l'enfant de toutes ses obligations et qu'il a pris, quant aux biens de l'enfant, toutes les mesures prescrites par la loi (§ 1314 ; v. §§ 1493 et 1669) (4).

Les militaires et fonctionnaires doivent obtenir une autorisation de leurs supérieurs conformément aux dispositions de chaque Etat confédéré (§ 1315 ; v. art. 38, loi de 1875 et l'art. 40 de la loi militaire du 2 mai 1874) (5).

(1) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 6.

(2) § 1328 : « Le mariage est nul lorsqu'il est interdit, conformément au § 1312, pour cause d'adultère ; si, plus tard, dans ce dernier cas, une dispense est accordée, le mariage est réputé avoir été valable dès le début. » Pour des actions en nullité (*Nichtigkeitsklagen*) ou causes d'annulation (*Anfechtbarkeit*), v. Lehr, *op. cit.*, p. 53 et ss.

(3-4) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 6.

(5) Lehr, *op. cit.*, n° 98, p. 47 et 104 p. 49.

Pour les vices de consentement nous avons deux paragraphes qui traitent l'un de l'*erreur*, l'autre du *dol*. « Un mariage est susceptible d'annulation à la requête de celui des époux qui lors de la célébration, s'est trompé soit sur la personne, soit sur les particularités (*Eigenschaften*) personnelles de l'autre époux, telles que, s'il les avait connues, et en tenant compte avec réflexion de l'essence du mariage, il se serait abstenu de passer outre à la célébration » (§ 1333). « Un mariage peut être annulé à la requête de l'époux qui a été induit, par des tromperies volontaires (*durch arglistige Täuschung*), à le contracter dans des circonstances où, s'il eût connu la vérité, et en tenant compte avec réflexion de l'essence du mariage, il se serait abstenu de passer outre à la célébration. Si la tromperie n'est pas le fait de l'autre époux, le mariage n'est attaquant que si ce dernier la connaissait au moment de la célébration. L'annulation ne peut être demandée à raison d'indications fausses sur la fortune » (§ 1334).

Nous voyons donc que l'erreur est largement étendue aux qualités réputées essentielles. Cette doctrine de l'erreur existait déjà dans le *Landrecht* prussien (II, 1, § 40) et dans le Code saxon (§§ 1595 et 1596), mais le *Projet primitif du Code civil*, § 1259, l'avait rejetée (1). Quant au dol, on en trouve une large in-

(1) *L'Exposé de motifs* (t. IV, p. 76) jugeait que : « Permettre d'attaquer un mariage pour cause d'erreur de l'une des parties

terprétation dans le jugement du *Reichgericht* du 27 mai 1887. L'époux avait induit en erreur son conjoint sur des avantages pécuniaires qu'il ne possédait pas. Le mariage fut déclaré nul (1).

## II. — Autriche-Hongrie

### § I. — Autriche.

D'après le Code civil autrichien, nul ne peut contracter mariage avant *quatorze ans* révolus (§ 21) (2). Les fous furieux, les aliénés et les idiots ne peuvent se marier valablement (§ 48) (3). Les mineurs de vingt-quatre ans et les majeurs incapables ne peuvent se marier sans le consentement de leur père légitime. Si le père n'est plus vivant ou apte à les représenter, le consentement du tuteur doit être accompagné de celui de l'autorité judiciaire (§ 49) (4). « Le consentement d'un père juif demeure nécessaire pour la validité du mariage de son fils devenu chrétien » (dé-

sur les qualités ou conditions qualifiées d'essentielles, serait déroger à la règle générale (inscrite au § 102), en vertu de laquelle une erreur dans les motifs déterminants est sans influence sur la valeur d'un acte juridique ». Mais ce § 102 a été supprimé dans le second projet (cf. Lehr, *op. cit.*, p. 56-57, n° 120.

(1) *Journal du droit int. privé*, 1889, p. 869 ; Regnault, *op. cit.*, p. 183.

(2) Lehr, *op. cit.*, n° 186, p. 92.

(3-4) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 7.



cret du 21 octobre 1814, n. 1105) (1). Pour l'enfant naturel mineur, même décision qu'au § 49 (§ 50) (2). Lorsqu'un mineur étranger veut contracter mariage en Autriche et qu'il n'est pas en mesure de justifier du consentement requis, le tribunal autrichien dont il relèverait à raison de sa condition et de sa résidence doit lui nommer un représentant qui fasse connaître au tribunal son consentement au mariage projeté ou à sa désapprobation (§ 51) (3). Dans tous les cas où le consentement est refusé à un mineur ou à une personne assistée d'un tuteur (*Pflegebefohlene*) et où les futurs époux estiment que c'est à tort, ils ont le droit de se pourvoir contre le refus auprès du juge (§ 52) (4).

L'absence des ressources nécessaires, les mauvaises mœurs prouvées ou notoires, les maladies contagieuses, une infirmité contraire aux fins du mariage sont des motifs suffisants pour refuser le consentement (§ 53) (5).

Les militaires ne sont admis à contracter mariage qu'avec la permission de leurs chefs (§ 54) (6); de

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 187, p. 93.

(2) *Act. de la 3<sup>e</sup> conf. de La Haye*, 1900, p. 7.

(3-4) Lehr, *op. cit.*

(5) Pour les règles sur l'obtention du consentement judiciaire au mariage des mineurs, v. §§ 190-192 de la loi sur la procédure non contentieuse, du 7 août 1854, n° 208 (Lehr, *op. cit.*, p. 93).

(6) Pour l'armée de terre, Arr. min. Guerre, 14 sept. 1861, n° 3881, C. pén. milit., § 780; pour la marine, Décr. 25 juin 1863, l. 2 oct. 1882, n° 453, art. 1, § 32; pour la gendarmerie, l. 26 févr. 1876, n° 49, §§ 47 et 48 (Lher, *op. et loc. cit.*).

même certains fonctionnaires ne peuvent contracter mariage sans l'autorisation de leurs supérieurs hiérarchiques, lorsque leur revenu n'atteint pas le chiffre déterminé par les règlements (Ordonnances des 21 avril 1843, 27 novembre 1857, 15 avril 1858, 10 novembre 1862) (1).

Le consentement au mariage est vicié lorsqu'il a été obtenu sous l'empire d'une crainte justifiée. Pour juger si la crainte était justifiée ou non, on apprécie en tenant compte de la grandeur et de la vraisemblance du danger et de la complexion physique et morale de la personne menacée (§ 55) (2). Le consentement est encore vicié (*ungültig*) quand il émane d'une personne enlevée et qui n'a pas encore recouvré sa liberté (§ 56) (3). Enfin, l'erreur ne vicie le consentement que si elle porte sur la personne même du futur époux (§ 57) (4). Lorsque, après le mariage, le mari trouve sa femme enceinte des œuvres d'un autre, il peut demander l'annulation du mariage (§ 58) (5).

L'*impuissance* permanente (6) est un empêchement au mariage si elle existait déjà à l'époque de la célébration. L'impuissance purement temporaire ou même incurable, mais survenue postérieurement

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 389.

(2-5) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 7.

(6) V. Cour supr. d'Autriche, 20 juillet 1894 (*Journal du droit international privé*, 1895, p. 161); — Tribunal d'appel de Vienne, 29 mai 1894 (*Ibid.*, 1896, p. 422).

au mariage, ne sont pas des causes d'annulation (§ 60) (1). « Il résulte d'un décret du 25 février 1837, que l'impuissance dont il est ici question est celle qui met obstacle à la cohabitation, abstraction faite de la question de savoir si la cohabitation peut avoir, ou non, pour conséquence, la naissance d'enfants (2). »

Jusqu'à la loi du 15 novembre 1867, n. 131 (art. 5), le Code autrichien (§ 61) considérait comme empêchement dirimant pendant toute la durée de la peine une condamnation aux travaux forcés (*schwerste, schwere Kerkerstrafe*) (3).

Personne ne peut se remarier avant la dissolution absolue de son précédent mariage (§ 62, civ. et §§ 206, 208, C. pén. autr.) (4).

Les ecclésiastiques ayant reçu les ordres majeurs et les religieux des deux sexes ayant fait vœu de chasteté ne peuvent valablement contracter mariage (§ 63) (5). Les chrétiens ne peuvent se marier valablement avec de non-chrétiens (§ 64) (6). Le

(1) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 8.

(2) *Lehr, op. cit.*, n° 190, p. 94.

(3) *Ibid.*

(4) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, *loc. cit.*, — V. les §§ 112, 113 et 114 pour l'absence prolongée. Cf. *Lehr, op. cit.*, p. 106, n° 214.

(5) Cet empêchement s'applique également aux prêtres de l'Eglise grecque orientale. Cour suprême de Vienne, 9 novembre 1875 (*Pand. fr.*, Répertoire, v° *Mariage*, n° 13298); cf. *Weiss, op. cit.*, t. III, p. 389.

(6) En pratique, cet empêchement est facilement éludé depuis la

mariage est interdit : 1° entre parents et alliés en ligne directe ; 2° entre frères et sœurs, germains, utérins ou consanguins, ou alliés à ce titre ; 3° entre cousins-germains et alliés au même degré ; 4° entre oncle et nièce, tante et neveu, et alliés au même degré, sans distinguer entre la parenté légitime ou naturelle (§§ 65 et 66) (1).

Le mariage est encore interdit entre l'époux coupable d'adultère et son complice (§ 67) (2), entre deux personnes, dont l'une a attenté à la vie du conjoint de l'autre (§ 68) (3), entre des époux divorcés, lorsque l'un d'eux a provoqué le divorce en commettant adultère, ou par ses excitations, ou de quelque autre manière punissable (§ 119) (4). Les non-catholiques divorcés ne peuvent du vivant de leur conjoint catholique se remarier qu'avec les non-catholiques (5). Enfin, lorsqu'un mariage a été annulé ou

loi du 9 avril 1870 qui oblige les personnes qui professent un culte non reconnu de se marier civilement. Le chrétien qui veut épouser une israélite n'a recours qu'à une fausse déclaration. Le fait a été constaté par le bourgmestre de Vienne, au cours d'une discussion à la Chambre des seigneurs. Weiss, *loc. cit.* ; Rittner, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1885, p. 161 ; *Annuaire de législation étrangère*, 1877, p. 205 ; C. suprême de Vienne, 10 févr. 1891 (*Journ. de dr. int. pr.*, 1891, p. 1005) ; Trib. appel de Vienne, 14 janvier 1896 (*ibid.*, p. 1067).

(1) *Act. conf. de La Haye*, 1900, *loc. cit.*

(2) *Act. conf. de La Haye*, 1900, p. 9.

(3) *Ibid.*

(4) Lorsque le mariage a été conclu en violation des §§ 56, 62 à 68, 75 et 119, la nullité doit être poursuivie d'office (§ 94).

(5) *Act. conf. de La Haye*, 1900, *loc. cit.*

dissout, la femme, si elle est enceinte, ne peut se remarier avant sa délivrance et, si sa grossesse est douteuse, avant l'expiration d'un délai de six mois ; mais si au contraire, d'après les circonstances ou l'avis des experts, une grossesse est peu probable, les autorités de district ou municipales peuvent accorder une dispense au bout de trois mois (§ 120, modifié par la loi du 4 juillet 1872, n. 111, § 1) (1). La violation de cette règle n'entraîne pas la nullité du mariage ; mais la femme perd tous les avantages qui lui avaient été assurés par son précédent mari (§ 121) (2).

Pour les personnes de religion israélite, le mariage est interdit, en ligne collatérale, entre frère et sœur, entre la sœur et le fils ou le petit-fils du frère ou de la sœur. Le mari survivant ne peut épouser une parente de sa femme en ligne directe, ni la sœur de cette dernière. De plus, la veuve est incapable d'épouser un parent de son mari en ligne directe, son frère, son neveu ou petit-neveu (§ 125) (3).

Pour des motifs graves, il est permis de solliciter du gouverneur de la province (*politische Landesstelle*) la mainlevée de certains empêchements (§ 83) (4). La décision appartient en dernière instance au ministère de l'Intérieur (Ord. min., 1<sup>er</sup> juillet 1868,

(1) *Act. conf. de La Haye*, 1900, p. 9.

(2) *Lehr, op. et loc. cit.*

(3) *Act. conf. de La Haye*, 1900, p. 9.

(4) *Lehr, op. cit.*, p. 101, n° 202.

n. 80, § 2) et pour les militaires, au ministre de la Guerre (Ord. min., 22 avril 1815, n. 2588) (1).

§ II. — *Hongrie* (2).

Avant la nouvelle législation sur l'état civil et le mariage civil de 1894, qui comprend les trois lois XXXI, XXXII et XXXIII, la législation hongroise sur le mariage était l'une des plus confuses et des plus compliquées de l'Europe (3). Chaque Eglise, chaque confession avait la sienne, si bien qu'en dehors de la Croatie-Slavonie (4), il y avait neufs régimes différents (5).

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 390 ; Lehr, *op. cit.*, p. 101, n° 202.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 391-392 ; Lehr, *op. cit.*, p. 112 et ss. ; *Annuaire de législation étrangère*, 1895, p. 355 (Notice, traduction et notes par M. P. Dareste) ; *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 13 ; Lehr, *la nouvelle législation hongroise sur l'état civil et sur le mariage civil*, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1895, p. 751 et s.

(3) Lehr, *op. cit.*, p. 113, n° 227.

(4) Les lois XXXI, XXXII et XXXIII ne furent pas appliquées en Croatie-Slavonie, qui forme un territoire autonome, ayant un gouvernement spécial et une diète particulière (laquelle délègue 40 représentants au Parlement commun de Budapest). — Voyez *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 17 : « Sur le territoire de Croatie-Slavonie qui forme une partie de la couronne Hongroise, le mariage des catholiques est réglé par la patente du 8 octobre 1856 et ses annexes I et II, établissant en général les mêmes prohibitions de mariage que le droit canonique de l'Eglise catholique. Pour les Grecs non-unis (orthodoxes), les principes de leur Eglise, pour toutes les autres confessions, les dispositions du Code civil autrichien y sont en vigueur concernant les prohibitions du mariage ».

(5) Lehr, *loc. cit.* L'actuel président du conseil, M. Weckerlé,



L'âge nécessaire au mariage est de 18 ans révolus pour les garçons et de 16 ans pour les filles, sauf dispense du ministre de la Justice (L. XXXI sur le mariage de 1894, mise en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1895, art. 7).

Les futurs doivent être capables civilement (art. 6) et donner leur libre consentement (art. 387). Pour les mineurs de 14 ans (L. XX de 1877, 1), le consentement du père, si l'enfant est illégitime, de la mère, est nécessaire (art. 8 et 9). En cas où les parents sont séparés de lit et de table ou divorcés, le droit de consentir au mariage appartient à la mère pour les enfants confiés à sa garde, et, si la mère doit être réputée non-existante, au père (1). Lorsqu'un mineur de moins de vingt ans n'a pas pour représentant légal celui de ses père ou mère qui a qualité pour consentir au mariage, le consentement de ce représentant et l'approbation de l'autorité tutélaire sont indispensables au mariage ; pourtant, cette approbation cesse d'être exigée, si le représentant légal du

premier ministre également en 1894, éprouva une grande résistance de la part des catholiques au vote de ces lois « civilo-religieuses. »

(1) Doit être considéré comme non-existant le père ou la mère empêché pour quelque temps, par impuissance physique ou intellectuelle, ou par éloignement, ou privé de la puissance paternelle ou de la tutelle, à moins que cette déchéance ne résulte d'une cession de biens. C'est l'autorité tutélaire qui apprécie l'empêchement du père ou de la mère (art. 9, L. XXXI).

mineur est son aïeul. Enfin, en cas de refus du représentant légal, du père ou de la mère, il est suppléé par le consentement de l'autorité tutélaire (art. 8). Tant que dure l'adoption, le père et la mère naturels de l'enfant adoptif perdent le droit de consentir au mariage (art. 9, *in fine*.)

La loi XXXI fait une distinction entre les mineurs de 20 ans (donc entre 20 et 24 ans) et ceux qui n'ont pas cet âge (entre 18 ou 16 et 20 ans). Dans le premier cas, le consentement des père ou mère est un empêchement prohibitif; dans le second cas, un empêchement dirimant (1).

Le mariage est prohibé (empêchements dirimants) (2): 1° entre ascendants et descendants en ligne directe, ou alliés à ce titre; 2° — entre frères et sœurs germains, utérins ou consanguins; 3° — entre frères et sœurs et les descendants non adoptifs de leurs frères et sœurs, sauf dispense du roi sur la proposition du ministre de la Justice; 4° — entre l'époux et les parents en ligne directe de l'autre, encore, que le mariage ait été dissous ou annulé. Dans ces divers cas il est indifférent que la parenté soit légitime ou naturelle (art. 11); — 5° est également prohibé le mariage de celui dont le précédent mariage n'est pas dissout ou annulé (art. 12); — 6° l'union de personnes dont l'une, de concert avec l'autre, a attenté

(1) Art. 8 et 16.

(2) Lehr, *op. cit.*, p. 114, n° 230.

à la vie de son conjoint ou du conjoint de l'autre (art. 13).

Le mariage est d'autre part interdit ou il y a empêchement prohibitif (1) par rapport : 1° à celui contre lequel est engagée une instance à fin d'interdiction pour aliénation mentale ou pour surdi-mutité ne permettant pas de se faire comprendre par signes, lorsqu'il a été pourvu d'un curateur par l'autorité tutélaire, ou que cette autorité a ordonné le séquestre, ou que l'interdiction a été prononcée par jugement non passé définitif (art. 14); — 2° à l'individu interdit comme faible d'esprit ou sourd-muet, capable de se faire comprendre par signes, sans le consentement de son curateur (art. 15); — 3° aux cousins-germains, légitimes ou naturels, sauf dispense du ministre de la Justice (art. 17); — 4° à l'adoptant et l'adopté ou leurs ci-devant conjoints ou leurs descendants légitimes ou naturels, sauf dispense dans ce dernier cas (art. 18); — 5° au tuteur ou à ses descendants légitimes ou naturels avec le pupille, tant que dure la tutelle (art. 19); — 6° à ceux à qui un jugement de divorce pour cause d'adultère a fait cette interdiction, sauf dispense (art. 20); — 7° à celui dont le mariage antérieur, nul, n'a pas encore été

(1) Cf. Lehr, *op. et loc. cit.* M. Weiss (t. III, *loc. cit.*), considère les règles des art. 17, 18, 19, 20 et 23, comme des empêchements dirimants.

régulièrement dissous ou annulé (art. 21) (1); — 8° à celui dont le conjoint absent a été judiciairement déclaré mort, lorsqu'il sait, ou que la personne avec qui il veut se remarier sait, ou qu'il est prouvé, que l'absent était encore en vie au moment de la déclaration de décès (art. 22); — 9° également, à moins de dispense, à un époux, avec celui qui a été condamné pour avoir attenté, comme auteur principal ou comme complice, à la vie du précédent conjoint, bien que le jugement de condamnation ne soit pas encore définitif (art. 23); — 10° à la femme dont l'union antérieure n'a pas été dissoute ou annulée depuis dix mois au moins, à moins que dans l'intervalle, elle n'ait accouché (art. 24); (2) — 11° à moins d'autorisation de leurs supérieurs, à ceux qui, d'après les règles de l'Eglise à laquelle ils appartiennent, ne peuvent contracter mariage, pour cause d'engagement dans les ordres, ou pour cause de vœux (art. 25); — 12° enfin, à ceux qui, d'après les lois militaires, ne peuvent se marier sans l'autorisation de leurs chefs, tant qu'ils ne la produisent pas (art. 26; L. VI de 1889, art. 50 et 61) (3).

En ce qui concerne spécialement l'*erreur*, la

(1) Lorsque le jugement est devenu définitif, l'empêchement est dirimant. Lehr, *op. cit.*, p. 116, n° 231; cf. Regnault, *op. cit.*, p. 220-221.

(2) Sauf dispense du ministère de la Justice.

(3) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, pp. 14 et 15.

loi XXXI pose plusieurs règles. Le mariage peut-être attaqué pour cause d'erreur : 1° si l'une des parties entendait ne pas se marier et ignorait que, par la déclaration faite, elle contractait mariage ; — 2° si une personne a contracté mariage avec une autre que celle qu'elle avait en vue, en se méprenant sur son identité ; — 3° si au moment de la célébration, elle était déjà définitivement incapable de remplir le devoir conjugal et que l'autre partie l'ignorât et ne pût pas le présumer d'après les circonstances ; — 4° si une personne avait été condamnée à cinq ans au moins de travaux forcés ou de réclusion et que le conjoint l'ignorât, pourvu, dans ce dernier cas, qu'il y eût des raisons sérieuses de présumer que, le sachant, elle ne se serait pas prêtée au mariage ; — 5° si, au moment du mariage, la femme était enceinte d'un autre, hors du mariage et à l'insu du mari ; — 6° si, après la célébration du nouveau mariage, le conjoint déclaré mort (1) reparaît, et que les nouveaux conjoints aient ignoré, en le contractant, qu'il était encore en vie (art. 54) (2).

### III. — Belgique.

En ce qui concerne le mariage, la Belgique est régie par le Code Napoléon. Les articles 151, 152 et

(1) En cas de déclaration de décès, l'absent est présumé avoir cessé d'exister à la date fixée par le jugement (art. 73 *in fine*).

(2) Lehr, *op. cit.*, n° 239, p. 120.

153 furent remplacés par la disposition suivante :

« Les enfants légitimes, ayant atteint la majorité fixée par l'article 148, sont tenus, avant de contracter mariage, de demander par acte respectueux et formel le conseil de leur père et de leur mère, à moins que ceux-ci ne soient dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

« A défaut de consentement sur un acte respectueux, il pourra être passé outre, un mois après, à la célébration du mariage.

« En cas d'indigence des futurs époux, l'acte respectueux n'est requis si le père ou la mère, dont le conseil doit être demandé, n'a pas de demeure connue en Belgique.

« Un mois au moins avant la célébration du mariage ce fait sera attesté sous serment devant l'officier de l'état civil par les futurs époux et quatre témoins.

« L'officier de l'état civil dressera procès-verbal de la prestation du serment et de l'affirmation tant des futurs époux que des témoins. Copie de ce procès-verbal sera envoyée dans les trois jours au procureur du Roi » (article 3 de la loi du 16 août 1887) (1).

#### IV. — Brésil (Etats-Unis du)

Le mariage civil est régi par une loi spéciale,

(1) *Moniteur belge* du 2 septembre 1887.



promulguée par le décret du 24 janvier 1890 (1). L'art. 72, § 4, de la Constitution porte que « la République ne reconnaît que le mariage civil (2) ».

Les empêchements *dirimants*, comportant *nullité absolue*, sont : 1° la parenté et l'alliance, légitime ou naturelle, en ligne directe à l'infini, en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré ; — 2° le lien provenant d'une union antérieure non dissoute ; — 3° l'adultère, en ce sens que l'époux coupable ne peut se marier avec son complice condamné comme tel ; — 4° l'homicide, commis ou tenté, à titre d'auteur principal ou de complice, par l'une des parties sur le conjoint de l'autre (3).

Les empêchements *dirimants* mais n'entraînant qu'une *nullité relative* sont : 1° la contrainte, ou l'incapacité de donner son consentement, ou l'impossibilité de le manifester d'une façon non équivoque (4) ; — 2° le rapt, tant que la femme enlevée est au pouvoir

(1) V. l'analyse du vicomte d'Ourem dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1891, p. 924 et ss.

(2) Lehr, *op. cit.*, p. 132, n° 263.

(3) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 393.

(4) L'erreur essentielle, sur la personne du conjoint, constitue une nullité relative. On considère comme erreur essentielle l'ignorance de l'état de la personne, ou d'un délit grave par elle commis avant le mariage, ou d'un défaut physique antérieur au mariage et incurable comme l'*impuissance*, une *maladie contagieuse ou héréditaire* (*Annuaire de législation étrangère*, 1890, p. 927 ; cf. Lehr, *op. cit.*, p. 136 ; Regnault, *op. cit.*, p. 189 ; — V. trib. d'Itajahy, 25 octobre 1893, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1895, p. 171).

du ravisseur ; — 3<sup>o</sup> le défaut de consentement des parents ou tuteurs : le mineur (1) âgé de plus de 16 ans et la mineure âgée de plus de 14 ans doivent obtenir, avant le mariage, le consentement de ses père et mère et, tout au moins, de celui qui exerce la puissance paternelle, s'ils sont légitimes, et, s'ils sont naturels, celui de la mère; il en est de même lorsque la mère exerce la puissance paternelle après son veuvage ; les personnes en tutelle ou en curatelle doivent se pourvoir du consentement de leur tuteur ou curateur ; il peut être suppléé au consentement des parents ou tuteurs par l'autorité judiciaire ; — 4<sup>o</sup> l'âge de moins de 16 ans pour les garçons ou de moins de 14 ans pour les filles (2).

Les empêchements simplement *prohibitifs* sont : 1<sup>o</sup> le défaut d'inventaire de la part du veuf ou de la veuve ayant des enfants du conjoint prédécédé ; — 2<sup>o</sup> pour la femme veuve ou séparée, l'obligation de ne pas se remarier avant l'expiration du délai de 10 mois, à moins qu'elle ne soit accouchée dans l'intervalle ; — 3<sup>o</sup> la tutelle et la curatelle, tant qu'elle subsiste et que les comptes n'ont pas été rendus, en ce qui concerne le mariage du tuteur ou de ses proches avec la personne soumise à sa tutelle ou curatelle, à moins de permission donnée par le père ou par la mère dans un testament ou tout autre acte

(1) Agé de moins de 21 ans.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1890, *loc. cit.*

public; — 4° la qualité de juge ou de greffier, ces fonctionnaires et leurs ascendants, descendants, frères, beaux-frères ou neveux, d'épouser une orpheline ou veuve de leur ressort, sauf autorisation du président de la Cour d'appel du district; — 5° pour les militaires et marins, l'absence d'autorisation de leurs chefs (Règl. 18 février 1763, c. 26, art 27; décr. 21 juin 1090, art. 1, n. 43) (1).

#### V. — Bulgarie.

La matière est réglée par la loi du 21 mars 1897 (2), qui a un très fort caractère religieux.

L'âge nécessaire pour contracter mariage est de vingt ans pour les hommes et de dix-huit ans pour les femmes (3). Le consentement des parents doit être demandé par les futurs. En cas de refus et après trois invitations de la part des enfants, le prêtre de la paroisse doit s'enquérir des motifs et rendre compte à l'évêque, lequel, s'il le juge à propos, peut permettre le mariage (4). Pour la parenté nous devons appliquer les règles spéciales de l'Eglise orthodoxe (5),

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1890, *loc. cit.*

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1897, p. 803 et s.

(3) *Ibid.*, Regnault, *op. cit.*, p. 196.

(4) *Ibid.* Cependant la loi de 1897 ne mentionne pas comme annulable le mariage contracté sans le consentement des parents ou de l'évêque (Regnault, *op. cit.*, p. 209).

(5) Regnault, *op. cit.*, p. 224 : « Elle (l'Eglise d'Orient) défend

qui admettent une infinité d'empêchements. Le mariage est interdit à celui qui se trouve dans le lien d'une union antérieure non-dissoute, et le tribunal ecclésiastique en prononçant un divorce peut interdire à l'époux coupable de contracter un nouveau

le mariage aux parents par le sang à l'infini en ligne directe, jusqu'au septième degré inclus de computation civile, en ligne collatérale. Par exemple une personne ne peut épouser le fils ou la fille de son cousin, issu de germains. En ce qui concerne l'alliance, la théorie de l'Eglise orientale est assez compliquée : elle admet l'alliance double, triple, quadruple, quintuple ou sextuple. Il y a alliance double lorsqu'un homme, membre d'une famille donnée, épouse une femme d'une autre famille. Il y a alliance triple, soit en cas de second mariage, soit au cas de mariage entre deux membres d'une même famille d'une part, avec deux personnes membres de familles distinctes d'autre part ; l'alliance existe alors entre les trois famille : famille du mari, de la première femme et de la seconde. Le raisonnement est le même pour le quadruple, quintuple et sextuple alliance, c'est-à-dire celle résultant d'un mariage où quatre, cinq ou six familles sont représentées ou intéressées. Ce genre d'alliance crée des empêchements variables. S'il y a double alliance, la prohibition s'étend jusqu'au cinquième degré, en tous cas, mais si le mariage projeté devait intervertir l'ordre normal de parenté existant déjà, elle comprendrait le septième degré. Par exemple, un oncle et un neveu ne peuvent épouser les deux sœurs) parce qu'ils deviendraient beaux-frères, et que la hiérarchie de parenté serait ainsi détruite. S'il y a triple alliance, le mariage est défendu jusqu'au quatrième degré inclus, pourvu toutefois que la distinction précédente soit sauvegardée. S'il y a quadruple alliance ou plus, l'empêchement existe, mais dans certains cas seulement, pour le premier ou le second degré, le mariage au premier degré est toujours considéré comme inconvenant. Le mariage est donc défendu entre l'époux divorcé et les enfants de l'autre époux, issus d'un second mariage ; entre le beau-frère et la veuve de son beau-fils ; entre le fils et la veuve de

mariage, avant un délai de trois à cinq ans (1). Le mariage est interdit entre le parrain ou son fils, et la filleule, la mère, ou la fille de la filleule (2). D'autre part, l'Eglise orthodoxe n'astreint pas au célibat ceux qui entrent dans les ordres, mais elle ne leur permet pas de se marier après l'ordination. Les vœux monastiques et la prêtrise après l'ordination sont des empêchements dirimants (3). La loi de 1897 énumère encore la folie, l'idiotie, l'épilepsie ou la syphilis, comme empêchements au mariage (4).

#### VI. — Chili.

La loi du 10 janvier 1884, sécularisant le mariage, a profondément modifié en cette matière le Code chilien, promulgué le 14 décembre 1855, pour entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1857 (5). Avant cette loi, le

son beau-père. Il y a empêchement entre l'adopté et les parents par les mâles de l'adoptant, entre l'adopté et la mère ou la sœur de l'adoptant, tant que dure l'adoption. Mais le mariage de l'adopté avec l'ascendant fictif, sa femme ou ses enfants, de même que celui de l'adoptant avec la veuve de l'adopté restent interdits après la rupture de l'adoption. » Cf. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, I, p. 343 et 345 ; Esmein et Lichteuburger, *Encyclopédie des sciences religieuses*, V<sup>o</sup> mariage ; Typaldo-Bassio, dans le *Bulletin de la société de législation comparée*, 1896, p. 166 et 167).

(1) Regnault, *op. cit.*, p. 271.

(2) *Ibid.*, p. 256.

(3) *Ibid.*, p. 257.

(4) *Annuaire de législation étrangère*, 1897, p. 804.

(5) R. de la Grasserie, *Loi sur le mariage civil de 1884 et le Code civil chilien*, Paris, 1896, p. 124 et s. et 378 et s.

mariage était essentiellement un sacrement, et comme tel régi par la loi canonique. C'était le clergé qui accordait les dispenses, les empêchements étaient ceux prévus par l'Eglise catholique, et toutes les personnes, même les non-catholiques, étaient obligées d'échanger leur consentement marital devant le prêtre catholique. La loi du 1<sup>er</sup> janvier 1884 a soumis toutes les questions matrimoniales à la juridiction civile et une autre loi du 19 juillet 1884 a créé les registres de l'Etat civil (1).

Il y a empêchement à mariage : 1° pour les impubères (2) ; — 2° pour les personnes atteintes d'une impuissance permanente et incurable ; — 3° pour celles qui ne peuvent exprimer clairement leur volonté soit de vive voix, soit par écrit, soit même par signes ; — 4° pour les personnes atteintes d'aliénation mentale ; — 5° pour les personnes engagées dans les liens d'un mariage antérieur non-dissous (3). De plus, le consentement est considéré comme faisant défaut : en cas d'erreur sur l'identité de la per-

(1) Lehr, *op. cit.*, p. 139 et s.

(2) La puberté commence à 14 ans pour les garçons et à 12 ans pour les filles. Regnault, *op. cit.*, p. 193.

(3) R. de la Grasserie, *op. cit.*, p. 124 et 378. « Le mariage se dissout : 1° par la mort ; 2° par l'annulation ; 3° par le décès présumé de l'un des conjoints, lorsqu'il est resté dix ans sans donner de ses nouvelles et aurait, s'il eût vécu, atteint l'âge de 70 ans, ou que, en dehors de cette condition d'âge, il est resté trente ans sans donner de ses nouvelles. » (Lehr, *op. cit.*, p. 145, n° 299).



sonne du conjoint ; en cas de contrainte ou de violence ; en cas de rapt si, à l'époque de la célébration, la femme n'a pas recouvré sa liberté (1).

Le mariage ne peut avoir lieu : 1° entre parents en ligne directe et alliés à ce titre ; — 2° entre frères et sœurs ; — 3° entre une personne et l'auteur ou complice du meurtre de son précédent conjoint ; — 4° enfin, entre l'épouse adultère et son complice (2).

Toute personne âgée de moins de 25 ans doit obtenir le consentement de son père légitime ou, à son défaut, celui de sa mère et, à défaut de celle-ci, des ascendants légitimes, en commençant par les plus proches en degré ; l'avis favorable au mariage l'emporte toujours en cas de désaccord. Les père et mère sont réputés défailants non seulement en cas de décès, mais encore en cas d'absence hors du territoire, quand ils sont partis sans esprit de retour et sans qu'on sache leur résidence ; ou encore en cas de déchéance du père de la puissance paternelle ou que la mère ait été déclarée par jugement incapable d'élever ses enfants. A défaut d'ascendants, c'est un curateur général ou nommé *ad hoc* qui donnera le consentement.

Le Code chilien admet une distinction en ce qui concerne le consentement des parents, car si le con-

(1) Il est question ici de l'erreur sur la personne physique. Regnault, *op. cit.*, p. 185 ; R. de la Grasserie, *op. cit.*, p. 381.

(2) R. de la Grasserie, *op. et loc. cit.*

seulement est demandé jusqu'à l'âge de 25 ans, c'est seulement jusqu'à 21 ans révolus que le refus est péremptoire. Passé cet âge, l'enfant a le droit de saisir le tribunal du différend et d'exiger des motifs justifiés. Les curateurs sont toujours tenus de faire connaître les motifs de leur refus. Le tribunal considère comme motifs valables : l'existence d'un empêchement légal, l'omission des formalités prescrites relativement aux secondes noces (1), un grave danger pour la santé du futur époux ou des enfants à naître, une vie licencieuse, un goût immodéré du jeu, l'ivresse, les festins, la condamnation à certaines peines particulièrement rigoureuses ou déshonorantes, l'absence de ressources pour vivre. Si l'enfant parvient à se marier, en dépit du refus des parents ou de la justice, le mariage reste valable pourvu que l'enfant ait 21 ans accomplis, car entre 21 et 25 ans, le manque du consentement des ascendants ou de la justice ne constitue qu'un empêchement prohibitif. Cependant, cet enfant encourt l'exhérédation de tous ses ascendants, et, si l'un d'eux meurt *intestat*, n'a droit qu'à la moitié de sa part normale. L'ascendant préterit peut aussi révoquer les donations qu'il a faites (2).

A moins d'autorisation de l'ascendant dont le con-

(1) V. *infra*.

(2) Raoul de la Grasserie, *op. et loc. cit.*, Lehr, *op. et loc. cit.* ; Regnault, *op. cit.*, p. 203.

Orescu.

sementement était nécessaire, le tuteur ou son descendant ne peut, avant la reddition des comptes de la tutelle, épouser la pupille, mineure de 25 ans, sous peine de perdre tout droit à rémunération (1).

Le remariage d'un veuf, qui a des enfants sous sa puissance ou sous sa tutelle ou curatelle, est interdit avant d'avoir fait un inventaire en bonne forme de leurs biens, sous peine de perdre tout droit à la succession des dits enfants.

Enfin, la femme enceinte, dont le mariage a été dissous ou annulé, ne peut contracter une nouvelle union qu'après son accouchement. S'il n'y a pas apparence de grossesse, elle doit attendre 270 jours à compter de la dissolution ou annulation. Cependant, il est permis de défalquer le nombre de jours qui l'ont précédée et pendant lesquels toute relation entre les époux a été impossible. La veuve, qui veut se remarier et a des enfants d'un premier lit, doit aviser la justice, laquelle choisit une personne qui la remplace dans la tutelle; à défaut, elle et son nouveau mari sont solidairement responsables de la gestion, celui-ci, même de la gestion antérieure (2).

(1) R. de la Grasserie, *op. cit.*, p. 379.

(2) *Ibid.*

VII. — Danemark

Le mariage est régi, quant au fond, par plusieurs lois anciennes, dont le Code de 1684 (liv. III, ch. xvi), par les Ordonnances des 5 mars 1734, 19 février 1783, 4 janvier 1799 et 30 avril 1824 (1).

L'*âge matrimonial* est de 20 ans pour l'homme et de 17 ans pour la femme, sauf dispense par décret royal (2).

Les mineurs de 25 ans, excepté les femmes veuves et divorcées — à moins qu'elles ne soient en tutelle, doivent obtenir avant de se marier le *consentement de leurs père et mère*, tuteur et curateur. Contre un refus injustifié, il y a recours devant les autorités, mais la femme doit avoir au moins 18 ans (3).

Les *empêchements* au mariage sont : « 1° une promesse de mariage contractée avec un tiers, et spécialement, pour l'homme, le fait, après avoir pris un semblable engagement, d'avoir rendu enceinte la fille vis-à-vis de laquelle il l'avait pris (4) » ; 2° l'alliance et la parenté en ligne directe à l'infini, en ligne collatérale entre frères et sœurs, demi-frères et demi-sœurs (5) ; pour les mariages entre oncles et

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 325, p. 156.

(2) *Actes de la 3<sup>e</sup> conférence de La Haye*, 1900, p. 18.

(3) *Ibid.*

(4) Lehr, *op. cit.*, n° 330, p. 157.

(5) *Act. de la 3<sup>e</sup> conf. de La Haye*, 1900, *loc. cit.*

nièces, beaux-frères et belles-sœurs, des dispenses peuvent être obtenues (1).

Ne peuvent contracter mariage ceux qui sont privés de raison, et ceux qui sont déjà unis dans les liens d'une union légitime (2). L'*impuissance* incurable, et antérieure au mariage, rend le mariage annulable lorsque les époux vivent ensemble depuis trois ans (3).

Lorsque le mariage est dissous par la mort, l'époux survivant, doit attendre avant de se remarier, toute la durée du deuil et la fin du partage de la succession (4). Lorsque le mariage est dissous par le divorce, l'époux coupable ne peut se remarier qu'avec la permission du roi et au bout seulement de trois ans ; de plus, il lui est défendu de se marier et de demeurer dans le district, la ville ou la paroisse qu'habite son précédent conjoint (5).

Les indigents ne peuvent contracter mariage avant de rendre tous les secours reçus de l'Assistance publique et sauf dispense du ministère de l'Intérieur (6).

Notons, pour la *bigamie*, une solution juridique originale. Un second mariage est valable, par décret royal, lorsque le premier conjoint ne reven-

(1) *Act. 3<sup>e</sup> conf. de La Haye*, p. 18.

(2) *Ibid.*

(3) *Lehr, op. cit.*, n<sup>o</sup> 331, p. 157.

(4) *Act. 3<sup>e</sup> conf. de La Haye*, 1900, p. 19.

(5) *Lehr, op. cit.*, n<sup>o</sup> 335, p. 159.

(6) *Act. 3<sup>e</sup> conf. de La Haye*, 1900, p. 19.

dique pas ses droits ou lorsque, au moment de la conclusion du second mariage, le premier mariage aurait pu être dissout par un divorce accordé au bigame (1).

#### VIII. — Espagne.

M. Lehr (2), rapporte qu'avant l'acceptation des décrets du concile de Trente (12 juillet 1564), il y avait en Espagne, à côté du mariage canonique, « unique mode de célébration de l'union conjugale *public* ou *solennel* », deux autres unions : le mariage *a yuras*, « espèce de mariage de conscience, dépourvu des solennités publiques, mais célébré, comme les mariages canoniques eux-mêmes, par un prêtre, à l'église », et le concubinat, *baraganía*, contrat de perpétuelle fidélité. Après le concile de Trente, le mariage canonique, devenu le seul mode légitime de s'unir, l'Eglise régla toutes les conditions de capacité. Après la tentative de la loi du 18 juin 1870, abrogée en grande partie par le décret du 9 février 1875, laquelle essaya sans succès d'imposer le mariage civil, le Code de 1889, tenant compte des tra-

(1) Regnault, *op. cit.*, p. 221.

(2) *Le mariage et le divorce*, p. 160 et s. ; pour toute la matière, Lehr, *Éléments de droit civil espagnol*, 1<sup>re</sup> partie (1880), n° 60 et s., 2<sup>e</sup> partie (1890), n° 43 et s. — V. aussi Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 394 et s. ; Emile Stoquart, *Des lois espagnoles sur le mariage et de leur effet extraterritorial* dans la *Revue de droit international*, 1891, p. 30 et s., p. 133 et s.



ditions religieuses de l'Espagne, institua deux formes de mariage : le mariage canonique pour les Catholiques et le mariage civil pour les autres. Certaines conditions intrinsèques sont communes à ces deux formes de mariage ; d'autres sont spéciales à l'une ou à l'autre.

Le mariage, aussi bien civil que canonique, est interdit : 1° au mineur qui n'a obtenu l'autorisation et au majeur qui n'a pas sollicité le conseil des personnes auxquelles il appartient de donner l'un et l'autre, dans les cas déterminés par la loi (art. 45-1°) ; — 2° à la veuve durant les 301 jours qui suivent la mort de son mari, ou avant son accouchement, si elle était enceinte à ce moment, et à la femme dont le mariage a été annulé, dans les mêmes cas et délais, à compter de la séparation légale (art. 45-2°) (1) ; — 3° au tuteur et à ses descendants, avec les personnes qu'il a ou qu'il a eues sous sa garde, jusqu'à ce que la tutelle ayant pris fin, ses comptes aient été rendus ou approuvés, à moins que le père de la personne en tutelle n'ait autorisé le mariage par testament ou par acte public (art. 45-3°) (2). Le consente-

(1) Le gouvernement peut accorder des dispenses à une veuve qui désire se remarier avant l'expiration des délais fixés par l'art. 45-2° (art. 85-1°).

(2) Si, malgré la prohibition de l'art. 45, les personnes y désignées se marient, l'union est valable ; mais, sans préjudice des dispositions du Code pénal (prison correctionnelle en ses degrés supérieur et moyen, art. 189), elles sont soumises aux règles sui-

ment doit être donné aux enfants légitimes par leur père ; en cas de décès ou d'empêchement, par la mère, à son défaut, par les aïeuls paternel et maternel, ou par le conseil de famille ; aux enfants naturels reconnus ou légitimés par lettres royales, par ceux qui les ont reconnus ou légitimés, par les ascendants ou la famille ; aux autres enfants illégitimes, par leur mère, si elle est légalement connue, par les ascendants maternels dans le même cas, ou par le conseil de famille ; aux enfants trouvés, par les directeurs d'établissements d'enfants trouvés ; aux enfants adoptifs, par le père adoptif ou, à son défaut, aux membres de la famille naturelle auxquels il appartient de le donner (art. 46). Les enfants majeurs sont tenus de *demandeur conseil* au père, à défaut, à la mère. S'ils n'obtiennent pas de réponse ou si cette réponse est défavorable, le mariage ne peut être célébré que trois mois après la demande (art. 41). Le fait d'avoir demandé le consentement ou le conseil doit être prouvé, par une pièce certifiée par un no-

vantes : 1° l'union est réputée contractée sous le régime de la séparation de biens absolue ; — 2° aucun des époux ne peut rien recevoir d'autre par donation ou testament, sauf au cas prévu par l'art. 45-2° lorsqu'il a été obtenu dispense ; — 3° si l'un des conjoints est mineur non émancipé, il n'a pas l'administration de ses biens avant d'avoir atteint la majorité ; jusqu'alors, il n'a droit qu'à des aliments, qui ne peuvent excéder le revenu de ses biens ; — 4° dans le cas prévu par l'art. 45-3°, le tuteur est déchu de l'administration des biens de la pupille durant la minorité de celle-ci (art. 50). *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 21.

taire civil ou ecclésiastique ou par le juge municipal du domicile de celui qui les a sollicités. Si le conseil a été défavorable, l'expiration du délai, qu'il est nécessaire d'observer, s'établit de la même manière (art. 48). Les personnes appelées à donner leur consentement ou leur conseil ne sont pas tenues de faire connaître les motifs sur lesquels elles se fondent pour l'accorder ou pour le refuser ; et leur refus n'est susceptible d'aucun recours (art. 49) (1).

Le mariage, soit civil, soit canonique, ne produit aucun effet civil quand l'un des conjoints est déjà légalement marié (art. 51). Le mariage est dissout par la mort de l'un des conjoints (52) (2).

Les conditions (*requisitos*) de capacité spéciales au mariage canonique sont celles qui régissent les dispositions du Concile de Trente, reçues comme lois du royaume (art. 75).

D'autre part, le Code civil énumère un certain nombre de conditions de capacité propres au mariage civil. Ne peuvent contracter mariage :

(1) La majorité est fixée pour les hommes à 23 ans (Code civ. esp., art. 320). Les filles doivent demander le consentement jusqu'à 20 ans. Le consentement doit être demandé à qui de droit pour les deux sexes jusqu'à 20 ans, en cas de décès du père et de la mère. En tout cas, l'empêchement est simplement prohibitif ; pour les sanctions, voir *infra* l'art. 50, civ. esp. (*Actes de la conf. de La Haya, 1900, loc. cit.*)

(2) En dehors de l'annulation et de la mort, il n'existe pas d'autre mode de dissolution, car le *divorcio* n'est autre chose que la séparation de corps (art. 104).

1° Les garçons avant 14 ans accomplis et les filles de moins de 12 ans. Néanmoins on considère comme ratifié *ipso facto* et sans qu'il soit besoin d'une déclaration expresse, le mariage contracté par les impubères, si, après avoir atteint l'âge de la puberté légale, ils continuent à vivre ensemble sans demander la nullité de leur mariage, ou si la femme a conçu avant l'âge de la puberté légale et avant d'avoir fait sa demande en nullité ;

2° Ceux qui n'ont pas plein usage de leur raison au moment de contracter mariage ;

3° Ceux qui sont atteints d'impuissance physique absolue ou relative, avant la célébration du mariage, et si cet état est incurable, certain et permanent ;

4° Ceux qui ont reçu les ordres sacrés et les profès dans un ordre religieux canoniquement approuvé, liés par un vœu solennel de chasteté, à moins d'avoir obtenu, les uns et les autres, les dispenses canoniques nécessaires ;

5° Ceux qui se trouvent déjà engagés dans les liens du mariage (art. 83) (1).

Ne peuvent non plus se marier entre eux :

1° Les parents et alliés en ligne directe, légitime ou naturelle ;

2° Les parents et alliés en ligne collatérale jusqu'au

(1) Cet art. 83-5°, fait double emploi avec les art. 51 et 52. *Act. 3<sup>e</sup> conf. de La Haye, 1900*, p. 19-20.

quatrième degré légitime et jusqu'au second degré naturel ;

3° L'adopté et l'adoptant, tant que ce lien existe ; l'époux de l'un des parents adoptifs devenu veuf et l'adopté, l'un de ces parents et l'époux de l'adopté devenu veuf et les descendants légitimes de l'adoptant et de l'adopté ;

4° Les personnes condamnées pour adultère par un jugement définitif ;

5° Ceux qui sont condamnés comme auteurs ou comme complices du meurtre de l'époux de l'un d'eux (art. 84). Le gouvernement peut accorder des dispenses aux parents collatéraux légitimes aux troisième et quatrième degrés ; aux alliés collatéraux légitimes ou naturels et aux descendants légitimes de l'adoptant et de l'adopté (art. 85) (1).

En dehors de ces mariages nuls (sauf dispenses), sont nuls aussi les mariages contractés par suite d'une erreur dans la personne (2) ou sous l'empire d'une violence ou d'une crainte viciant le consentement des époux ; ou l'union contractée entre un ravisseur et une femme enlevée, tant qu'elle est en son pouvoir (art. 101-2° et 3°). Pourtant le mariage est valable si les conjoints ont vécu ensemble six mois

(1) *Actes de la 3<sup>e</sup> conf. de La Haye*, 1900, p. 20.

(2) Cette définition vague de l'erreur donne lieu aux mêmes controverses que l'art. 180 civ. pr., l'art. 105 civ. ital. et l'art. correspondant du Code belge. Seul le Code roumain est clair.

après l'erreur, la violence ou le motif de crainte a disparu, ou la personne enlevée, même après avoir recouvré sa liberté, reste pendant le même temps sans provoquer l'annulation du mariage (art. 102) (1).

#### IX. — Etats-Unis de l'Amérique du Nord.

Chaque Etat de l'Union est libre de légiférer en ce qui concerne le mariage qui n'est du domaine fédéral que dans une mesure restreinte (1). Le Congrès n'intervient jamais, et, sauf le district fédéral de Columbia, tous les Etats et même les territoires légifèrent librement la matière du mariage. En dehors de la législation concernant le district de Columbia, nous relevons ces quatre lois fédérales : 1° une loi de 1862 (*Revised Statutes of the United States* [1873-1874], § 5352) qui interdit la polygamie ; — 2° une loi qui, à propos des pensions de retraite, pose des règles sur le mode de constatation des mariages (*R. S. of the U. S.*, §§ 2037 et 4705) ; — 3° une loi qui réglemente les mariages contractés à l'étranger par les citoyens de l'Union et les mariages consulaires (*R. S. of the U. S.*, § 4082) ; — 4° Une loi qui s'occupe des mariages contractés au bord d'un navire (*R. S. of U. S.*, § 4290) (1).

(1) Lehr, *op. cit.*, p. 179, n° 382.

(2) *Ibid.*



Le *common law*, c'est-à-dire l'ensemble de règles qui étaient en vigueur au commencement du XVIII<sup>e</sup> siècle, a gardé force de loi en tant qu'il n'a pas été expressément dérogé par les différentes législations des Etats. Il faut encore noter que la jurisprudence considère un mariage valable, s'il est conforme au *common law* à moins que les prescriptions particulières ne soient imposées sous peine de nullité (1).

Trois conditions de validité sont essentielles dans toute l'Union : 1<sup>o</sup> la puberté ou majorité nécessaire au mariage ; 2<sup>o</sup> le consentement libre des parties ; 3<sup>o</sup> l'absence d'empêchements de parenté ou d'alliance, d'impuissance, etc. (2). Quant au consentement des parents, même dans les Etats où il est requis, cet empêchement est simplement prohibitif.

Le *common law* impose, pour contracter mariage, l'âge de 14 ans révolus pour les garçons, et de 12 ans pour les filles. Cet âge est également en vigueur dans les Etats de Colorado (3), Connecticut, Delaware, District of Columbia, Florida, Maine, Maryland, Massachusetts, Mississippi, New-Jersey, Pennsylvania, Rhode-Island, South-Carolina, Tennessee, Vermont, Kentucky (4), Louisiana, New-Hampshire, Utah, Vir-

(1) Lehr, *op. et loc. cit.*

(2) *Ibid.*, p. 181, n<sup>o</sup> 387.

(3) M. Lehr, p. 182, n<sup>o</sup> 388, fixe l'âge marital dans le Colorado à seize pour les garçons et à quatorze pour les filles.

(4) Toujours suivant M. Lehr, *op. et loc. cit.*, 13 et 14 ans.

ginia, West-Virginia (1) et encore dans l'Etat de New-York d'après un récent projet de Code civil (§ 43) (2). L'âge de 12 ans est maintenu pour la femme, mais celui de l'homme est porté à 15, dans les Etats de Kansas et de Missouri (3). Dans les Etats d'Iowa, de North-Carolina et du Texas, la puberté est fixée à 16 et à 14 ans (4) et dans ceux d'Alabama, d'Arkansas de Georgia et d'Illinois, à 17 et à 14 ans (5). Six Etats : California, Dakota (6), Minnesota, New-Mexico, Oregon, Wisconsin, autorisent le mariage à 18 et à 15 ans respectivement (7). Dans l'Arizona, l'Idaho (8), l'Indiana, le Michigan, le Nebraska, le Nevada, l'Ohio et le Wyoming, à 18 et à 16 ans (9). Enfin l'âge requis pour contracter mariage est de 21 ans pour les hommes et de 18 pour les femmes dans les Etats de Montana (10) et de Washington (11).

(1) Toute cette nomenclature est d'après M. Regnault, *op. cit.*, p. 191-196, qui cite le *Blue-Book containing reports on the laws on marriage and divorce*, p. 153.

(2) Lehr, *op. et loc. cit.* ; dix-huit ans pour les deux sexes d'après M. Regnault, p. 196.

(3) Regnault, *op. cit.*, p. 193 ; *Blue-Book*, p. 153.

(4) *Ibid.*

(5) *Ibid.*, p. 194 ; *Blue-Book*, *loc. cit.*

(6) Suivant M. Lehr, *loc. cit.*, l'âge légal serait de 16 et 14 ans.

(7) Regnault, *op. et loc. cit.*

(8) Dix-huit et seize ans, d'après M. Lehr, *op. et loc. cit.*

(9) Regnault, *op. et loc. cit.*, p. 195.

(10) Suivant M. Lehr, *loc. cit.*, la loi de l'Etat de Montana fixe l'âge de 18 ans pour les garçons sans rien préciser pour les filles.

(11) Regnault, *op. cit.*, p. 196.

« Lorsque les deux contractants ou l'un d'entre eux n'ont pas encore atteint l'âge légal, tout en ayant plus de 7 ans accomplis, leur déclaration vaut, d'après *common law*, comme un « mariage commencé ou imparfait » (*inchoate or imperfect marriage*). Si, après avoir atteint l'âge légal, ils veulent continuer leur liaison à titre de mariage régulier, ils sont tenus de procéder à une nouvelle célébration (1). »

Chacun des deux époux, arrivé à l'âge légal, peut demander l'annulation d'une telle union, même s'il y avait des enfants (2).

Le consentement des parties est admis comme élément essentiel du mariage dans tout le territoire de l'Union, et le défaut a comme sanction une nullité absolue (ou l'inexistence de l'acte). Pourtant certaines législations, comme celle du Wisconsin, font d'un tel mariage, qui devrait être radicalement nul, un acte valable jusqu'à l'annulation (3).

Le consentement est vicié par la fraude, l'erreur et la violence (*fraud, error, duress*). — « La violence (*duress*) s'entend non seulement des voies de fait matérielles, mais encore de crainte inspirée par des menaces sérieuses relatives à la vie, à la santé ou à la liberté (4). » Dans l'Arkansas, celui qui l'a exercée

(1) Lehr, *op. et loc. cit.*

(2) J.-P. Bishop, *New comment. on Marriage, Divorce and Separation*, 1891, t. I, §§ 572 et s. ; *apud* Lehr, *op. cit.*, p. 183, n° 389.

(3) Lehr, *op. et loc. cit.*

(4) *Ibid.*

est passible de la peine de mort (1). L'erreur sur l'identité ou sur la condition de la personne est seule admise. Des nombreuses décisions admettent aussi la nullité pour le cas où la femme serait enceinte au moment de la célébration du mariage, d'un autre que son mari et à son insu. Ce principe a été reconnu pour la première fois en 1861 par la Cour de Massachusetts ; mais les tribunaux se montrent très difficiles, ainsi un enfant mulâtre né de parents blancs n'a pas été une preuve jugée suffisante (2) !

L'individu en état d'ivresse est considéré tout aussi peu apte à donner son consentement que l'aliéné interdit, permanent ou temporaire (*insane or distracted*) (3). Si le fou contracte le mariage dans un moment lucide, celui-ci sera valable (4). D'un autre côté, un mariage conclu dans un moment d'aberration mentale, par un être sain d'esprit, est annulable pour défaut de consentement (5).

En ce qui concerne l'*inceste* la loi américaine suit

(1) *Blue-Book*, p. 456 ; Regnault, *op. cit.*, p. 182.

(2) *Journal du dr. int. pr.*, 1897, p. 4062 et s. ; Regnault, *op. cit.*, p. 183.

(3) Certains Etats considèrent le mariage en ce cas non pas nu (*void*), mais annulable (*voidable*). Lehr, *op. cit.*, p. 497, n° 419.

(4) « La loi anglaise de 1742 (St. 15, Geo. II, c. 30) relative aux individus placés *under a comission of lunacy*, et de date trop récente pour être réputée incorporée dans le *common law* américain » (Lehr, *op. cit.*, p. 184, n° 394).

(5) Bishop, *op. cit.*, t. I, §§ 602-604 ; *apud*, Lehr, *op. et loc. cit.*

de près les règles en vigueur en Angleterre (1). Il y a une loi fédérale du 3 mars 1887 qui statue à l'art. 4 : « Seront tenues pour coupables d'*inceste* toutes personnes parentes jusqu'au quatrième degré de consanguinité exclusivement, qui, connaissant cette parenté, se marieront, cohabiteront ou auront ensemble des rapports sexuels (2). » Il n'y a empêchement que pour la parenté et l'alliance en ligne directe légitime ou naturelle, ou en ligne collatérale entre frères et sœurs, oncle et nièce, tante et neveu, dans les Etats de New-York (3), California, Colorado, Idaho, Louisiana, Minnesota, Missouri, Nebraska, New-Mexico, North-Carolina, Oregon, Utah et Wisconsin. Les Etats d'Alabama, Connecticut, Iowa, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Mississippi, New-Jersey, Pennsylvania, Rhode-Island, South-Carolina, Tennessee, Texas, Vermont, Virginia, West-Virginia et le district fédéral de Columbia. L'Etat de Delaware empêche en outre le mariage entre grand-oncle et petite-nièce, entre grand'tante et petit-neveu, et l'Etat de New-Hampshire celui des cousins-germaines. Les Etats d'Arizona, d'Arkansas, Dakota, Illinois, Indiana, Kansas, Mon-

(1) On admet généralement comme valables les règles de droit canonique restreintes, par les statuts de Henri VIII (Lehr, *op. cit.*,

(2) *Annuaire de lég. étrangère*, 1887, p. 858.

(3) D'après M. Lehr, pour l'Etat de New-York seulement jusqu'au 2<sup>e</sup> degré collatéral. V. *Projet de C. civ.*, § 44.

tana, Nevada, Ohio, Washington et Wyoming ont supprimé l'empêchement de mariage entre beaux-parents, mais ont établi en échange une prohibition de mariage entre cousins-germains. Enfin, la Florida et la Georgia interprètent la loi religieuse du Léviatique (1).

Personne ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution (2) du précédent. Même dans les Etats où la polygamie n'est pas considérée comme un crime, personne ne peut avoir plus d'une femme ou plus d'un homme. Il existe une tendance générale à interdire à l'époux, dont le mariage a été rompu à cause de son adultère, de se remarier (3). Cette peine du célibat est limitée dans l'Etat de New-York à la durée de l'existence du précédent époux innocent ; toutefois après cinq ans, le tribunal peut relever cette incapacité, si le coupable a une bonne conduite (4). Dans le Massachusetts, où existe cette interdiction, le tribunal peut également accorder une dispense (5). Est considéré comme mort l'époux absent, qui ne donne plus de ses nouvelles depuis sept ans. Mais il arrive que les tribunaux ne dé-

(1) *Blue-Book*, p. 154, Regnault, *op. cit.*, p. 231. Même l'époux coupable de bigamie peut invoquer cette nullité.

(2) Le mariage est dissous par : 1° la mort, 2° le divorce et 3° l'annulation du mariage.

(3) Bishop, *op. cit.*, §§ 1377-1841 (Lehr, *op. cit.*, p. 206.).

(4) *Annuaire de lég. étrangère*, p. 1897, p. 912.

(5) Lehr, *op. cit.*, p. 185, n° 399.



clarent pas nul de plein droit un mariage nouvellement contracté avant l'expiration de ce délai, et même quand l'union a été contractée après une année d'absence. Dans l'Illinois, ce délai est de cinq ans, de même que dans l'Etat de New-York, dans les « Territoires » (1) et dans le district fédéral de Columbia ; dans l'Ohio, il est de trois ans (2).

Malgré l'abolition de l'esclavage (1865) et malgré l'égalité civile entre blancs et nègres (1870), plusieurs Etats ont écrit dans leurs législations des empêchements au mariage pour cause de race ou de condition (*impediments of race or of civil condition*) (3). Le mariage est défendu entre personnes de race blanche d'un côté, et les individus de couleur noire, rouge ou jaune, dans les Etats de Nevada, Louisiana, et d'Oregon. Dans l'Arizona et l'Utah, l'empêchement existe entre blancs et nègres ou jaunes. Dans les Etats de North-Carolina et de South-Carolina, il y a des empêchements de mariage entre blancs et nègres ou indiens ; dans le North-Carolina il y a de plus interdiction entre nègres et indiens. La prohibition est limitée entre blancs et nègres dans les Etats de California, Indiana, Nebraska, Alabama, Arkansas, Georgia, Kentucky, Tennessee, Texas et Virginia (4).

(1) « Territoire », est appelé un Etat qui n'est pas représenté au Congrès de Washington.

(2) Lehr, *op. cit.*, p. 186, n° 400.

(3) *Ibid.*, n° 402.

(4) *Annuaire de législ. étrangère*, 1895, p. 907.

Pourtant dans l'Illinois, une loi du 15 mai 1891 déclare valables les mariages contractés jadis entre esclaves ou entre personnes libres et esclaves ; les enfants nés de ces unions sont mis sur le pied d'enfants légitimes (1).

L'*impuissance* est une cause de nullité, après trois années de vie commune, dans les Etats de Georgia, Kentucky, North-Carolina, New-Jersey, New-York, Texas, Virginia, Arkansas, California, Dakota, Vermont, Michigan, Idaho, et dans tous ceux qui sont régis par le *common law* (2).

Le *consentement des parents ou des tuteurs* n'est nulle part un empêchement dirimant, et dans certains Etats, l'empêchement n'existe pas du tout. Le consentement doit être obtenu jusqu'à vingt et un ans pour les hommes et jusqu'à dix-huit ans pour les femmes dans les Etats d'Alabama, Arkansas, California, Columbia (distr. of) (3), Colorado, Delaware, Georgia, Illinois, Indiana, Iowa, Maine, Massachusetts, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New-Jersey, New-Mexico, Ohio, Oregon, Rhode-Island, Texas, Utah, Vermont, Washington, Wisconsin, Wyoming. Jusqu'à vingt et un ans pour les deux sexes dans les Etats de Connecticut,

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1892, p. 937.

(2) *Ibid.*, 1896, p. 739 ; *Blue-Book*, p. 155 et 156 ; Regnault, *op. cit.*, p. 216.

(3) Loi du 13 mai 1896. Lehr, *op. cit.*, p. 187, n° 404.

Florida, Kentucky, North-Carolina, Pennsylvania, Virginia, West-Virginia (1) et dans la Louisiana (2). Jusqu'à vingt et un ans pour les hommes et seize ans pour les femmes dans le Maryland. Jusqu'à dix-huit ans pour les hommes et seize ans pour les femmes dans l'Arizona. Enfin, jusqu'à dix-huit ans pour les hommes et quinze ans pour les femmes dans les Etats de North et South-Dakota (3). Si le mariage est contracté sans le consentement requis, l'union est valable, mais le fonctionnaire qui a délivré la licence et les conjoints sont punis. Cette règle se trouve, selon M. Lehr, dans les statuts de plusieurs Etats de l'Union, tels la Pennsylvania ou l'Illinois. Enfin à New-York, les tribunaux prononcent la dissolution du mariage lorsque la femme, âgée de moins de 14 ans, s'est mariée sans le consentement de ses parents (*Rev. stat.*, III, 233, § 34) (4).

#### X. — France.

Le droit français considère le mariage comme un contrat exclusivement civil, et ce principe de sécularisation domine le droit public depuis la constitution

(1) *Annuaire de lég. étrangère*, 1896, p. 748; cf. Regnault, *op. cit.*, p. 208.

(2) L. Magne, *Notice sur le Code civil de la Louisiane* (*Bull. de la Soc. de législation comparée*, 1870, p. 201).

(3) *Annuaire de législation étrangère*, 1896, p. 748.

(4) Ernest Lehr, *op. cit.*, n° 405, p. 187.

de 1791, qui portait : « La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil » (Tit. II, art. 7) (1).

Contrairement au droit coutumier qui voyait dans les *promesses de mariage* un contrat, aujourd'hui ces promesses sont nulles, et les clauses pénales qui tendent à en assurer l'exécution sont annulables « comme n'ayant pas une cause licite et portant atteinte à la liberté des mariages (2) ».

Néanmoins celui qui abandonne, sans motif légitime, un projet de mariage fort avancé, peut se voir condamné à payer des dommages-intérêts, non pour violation de contrat, mais pour préjudice moral ou matériel, causé à l'autre partie (3). En tous les cas, la réparation ne peut porter que sur le *damnum emergens*, à l'exclusion du *lucrum cessans* (4).

En dehors de la *différence de sexe*, qui est une condition générale d'aptitude au mariage (5), les conditions intrinsèques se rapportent soit à certaines qualités que doivent posséder les deux époux, soit à leur

(1) Marcel Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, Paris, 1903, 2<sup>e</sup> édition, t. III, p. 7.

(2) Lehr, *op. cit.*, p. 2 ; Cass., 6 juin 1821. (S. et P. chr.) ; 7 mai 1836 (S. 36.1.574) ; 11 juin 1838 (S. 38.1.494).

(3) Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 33. Voy. Ambroise Colin, *Des fiançailles*, thèse, Paris, 1887 ; Cass., 14 août 1814 (S. et P. chr.) ; 24 mars 1845 (S. 45.1.539).

(4) Lehr, *op. cit.*, p. 3.

(5) Les textes ne parlent pas de cette condition, qu'on considère comme trop évidente, qui pourtant doit être vérifiée par l'acte de naissance de l'époux (Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 11).

consentement, et à celui des personnes sous l'autorité desquelles ils se trouvent placés, soit à certaines causes qui font obstacle au mariage (1).

Les époux doivent être *pubères*, c'est-à-dire avoir l'âge requis par le Code civil français (art. 144) : 18 ans accomplis pour les hommes, 15 ans accomplis pour les femmes. Avant le Code civil, la puberté était plus précoce : 14 ans pour les hommes et 12 ans pour les femmes. La loi du 20 septembre 1792 exigea une année de plus et reporta la puberté à 15 et à 13 ans (2). Beaucoup de personnes estiment que les chiffres de 18 et 15 ans adoptés par le Code civil, sont encore trop faibles (3), pourtant, d'après l'art. 145, « le gouvernement est autorisé à permettre le mariage, même avant l'âge fixé par le Code, pour *motifs graves*. » En

(1) Lehr, *op. et loc. cit.*

(2) Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 8.

(3) « Les femmes qui se marient trop jeunes n'ont que des enfants petits et chétifs, ou bien elles restent stériles pendant les premières années de leur mariage. La mortalité est beaucoup plus grande parmi les enfants de femmes très jeunes que parmi ceux dont les mères se sont mariées tard. — En Belgique, Laurent proposait, dans l'art. 141 de son *Avant-projet*, d'adopter l'âge de 21 ans sans distinction pour les deux sexes. La réforme ne peut qu'être approuvée. Les tableaux statistiques montrent que les mariages précoces deviennent de moins en moins nombreux, et lorsqu'ils sont nécessaires, l'emploi des *dispenses d'âge* permettrait d'apporter à cette rigueur tous les tempéraments désirables... On s'est plaint quelquefois d'un mal inverse. Les mariages tendent à devenir de plus en plus tardifs... » (Planiol, *op. cit.*, t. III, 9).

fait, le gouvernement n'accorde jamais de dispenses pour plus d'une année (1).

Pour qu'un mariage soit existant, le *consentement des époux* est indispensable, sans qu'aucune cohabitation soit nécessaire (2). La violence rend le mariage annulable, comme vice de consentement, mais non « la *crainte révérentielle* qu'inspirent les ascendants quand il n'y a pas eu de violences exercées » (art. 1113) (3). Du reste, sous l'empire actuel du Code, la célébration du mariage, sous l'empire de la violence, est devenue presque impossible, et nous en avons un seul exemple (4). Le rapt n'existe plus comme nullité du mariage et le dol n'est pas mentionné par le Code, car c'est le devoir de chacun de prendre ses renseignements avant de se marier... « *En mariage il trompe qui peut* » (*Institutes Coutumières* de Loysel, liv. I, tit. II, n° 3, édit. Dupin, n° 105).

Sur l'*erreur* (art. 180, C. civ., fr.), en tant que vice de consentement, il y a plusieurs opinions. Dans une

(1) V. circulaires ministérielles de 1824 et de 1832 et aussi l'arrêté du 20 prairial an XI (art. 1, 2, 3). Planiol, *op. et loc. cit.*; Lehr, *op. cit.*, p. 4.

(2) Lehr, *op. cit.*, p. 5.

(3) Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 131 ; mais « ne serait pas injuste et ne pourrait être invoquée comme une cause de nullité la contrainte subie par un individu de la part du père de la mariée, pour éviter les effets d'une plainte en viol » (Lehr, *op. cit.*, p. 6).

(4) Agen, 14 juin 1890 (D. 91.2.152, note de M. de Loynes).

(5) Planiol, *op. et loc. cit.*



première opinion, l'erreur n'est une cause de nullité qu'autant qu'elle porte *sur la personne physique*, ce qui suppose une substitution de personne. Une seconde opinion — à laquelle se rangent MM. Aubry et Rau, Demante, Glasson — regarde comme suffisante l'erreur sur l'*identité civile* de la personne. « Un aventurier se fabrique de faux papiers, on s'empare de ceux d'un autre ; il se présente sous un nom qui n'est pas à lui et se fait passer pour ce qu'il n'est pas (1). » Enfin, dans un troisième système, l'époux pouvait demander l'annulation du mariage s'il s'était trompé *sur une qualité substantielle* de la personne de son conjoint (2). La jurisprudence, depuis un arrêt solennel de la Cour de cassation (3), ne connaît qu'une seule sorte d'erreur rendant annulable le mariage, l'erreur sur l'*identité* (physique ou civile) de la personne.

Une personne pourvue de conseil judiciaire peut se marier sans l'assistance de ce conseil ; de même que les condamnés frappés d'interdiction légale, sous réserve des obstacles que les règlements pénitentiaires peuvent mettre à l'exercice de ce droit (4) ; tandis que les personnes qui sont entièrement privées de l'usage de la raison, soit par la folie, soit par l'im-

(1) Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 133.

(2) *Ibid.*

(3) Ch. réunies, 24 avril 1862 (*D.* 62. 453, *Sir.*, 62.1.342).

(4) Lehr, *op. cit.*, p. 5.

bécillité, sont incapables de contracter mariage (1), ne pouvant donner librement leur consentement. La doctrine moderne (2) en grande majorité croit que le mariage d'un aliéné *interdit judiciairement* est possible dans les intervalles lucides. « En conséquence, si un mariage a été célébré dans un intervalle lucide, il doit être considéré comme valable ; et le fait que l'un des époux était interdit et réputé ne pas jouir de la plénitude de ses facultés peut seulement servir de base à une action en nullité (3). »

Le mariage est prohibé entre *proches parents* pour une double raison : « 1° *Une raison physiologique*. Dans les unions entre parents, la race s'affaiblit... 2° *Une raison morale*. Entre proches parents l'existence est souvent intime ; la vie de famille les réunit tous sous le même toit. La perspective d'un mariage possible pourrait provoquer des désordres. Cette seconde raison est seule applicable aux *alliés* (4). »

Entre personnes unies par un lien de parenté ou d'alliance en ligne directe, légitime ou naturel, le mariage est prohibé à tous les degrés (art. 161 C. civ.). En matière d'adoption, le mariage n'est prohibé qu'entre alliés au premier degré ; l'art. 348 C. civ.

(1) Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 9.

(2) Dalloz, *Répertoire*, v° INTERDICTION, n° 683 et ss. ; Dalloz, *Suppl.*, v° MARIAGE, n° 103.

(3) Lehr, *op. cit.*, p. 6, n° 15.

(4) Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 14.

ne défend que le mariage de l'adopté avec le conjoint de l'adoptant, et celui de l'adoptant avec le conjoint de l'adopté (1).

En ligne collatérale, le mariage est défendu :

1° Entre parents ou alliés au second degré : *frères et sœurs, beaux-frères et belles-sœurs*, sans distinguer encore si la parenté est légitime ou naturelle (art. 162 C. civ.) et entre les enfants adoptifs de la même personne, de même qu'entre l'adopté et un enfant qui surviendrait plus tard à l'adoptant (art. 348 C. civ.) ;

2° Entre personnes parentes légitimement au 3° degré : *oncle et nièce, tante et neveu* (art. 163 C. civ.) ;

3° Entre *grand-oncle et petite-nièce*, entre *grand-tante et petit-neveu* (2). De même que le troisième

(1) « Mais à cause de l'âge qu'a ordinairement l'adoptant (plus de 50 ans), il semble inutile de prévoir des projets entre personnes d'un degré plus éloigné ». Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 16.

(2) « On s'est demandé si les expressions « *oncle, tante, neveu, nièce* » de l'art. 163 comprennent les grands-oncles et grand-tantes, les petits-neveux et petites-nièces. La question fut soumise au Conseil d'Etat, qui la résolut négativement le 23 avril 1808, et c'est aussi ce qui semble bien résulter des discussions préparatoires du Code civil. Mais l'avis du Conseil ne fut pas approuvé, et Napoléon fit paraître au *Bulletin des lois*, le 7 mai 1808, une décision contraire qui interdit le mariage entre grand-oncle et petite nièce. La plupart des auteurs acceptent comme loi cette décision de l'Empereur ; M. Demolombe y voit non pas une addition au Code, mais une simple *interprétation* de l'art. 163. Seuls MM. Dalloz, Aubry et Rau lui refusent toute autorité, parce qu'elle n'a pas été rendue dans la forme ordinaire des décrets, et qu'elle n'est revêtue d'aucune signature, ni de celle de l'Empereur,

degré de parenté collatérale, cet empêchement ne s'applique ni aux parents naturels, ni aux alliés à ce degré, ni aux parents ou alliés adoptifs.

Pour faire obstacle au mariage, il faut que la parenté naturelle soit légalement établie soit par une reconnaissance volontaire, soit par un jugement. Pourtant on fait observer que, contrairement à l'habitude de loi, les articles 161-163 parlent de *parents naturels*, sans ajouter *légalement reconnus*, comme dans le reste du Code (1).

Le gouvernement peut accorder des *dispenses* pour les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs (2), entre oncle et nièce ou entre tante et neveu ; entre grand-oncle et petite-nièce ou entre grand'tante et petit-neveu.

Nul ne peut se marier s'il n'est libre, c'est-à-dire *célibataire, veuf ou divorcé* (art. 227, C. civ.) et celui qui contracte un second mariage sans s'être défait des liens du premier, commet le crime de *bigamie* (3), (art. 340, C. pén.). La loi du 17 août 1897, en vue

ni de celles des ministres. La Jurisprudence interprète l'art. 163 conformément à la décision impériale » (Planiol, *op. cit.*, t. III, 15).

(1) Planiol, *op. et loc. cit.*

(2) Art. 164 modifié par la loi du 16 avril 1832.

(3) « *L'absence* ne donne jamais la certitude de la mort ; il en résulte que le conjoint abandonné par l'absent n'est pas libre de se remarier, quand même l'absence durerait très longtemps, parce qu'il ne peut pas prouver la dissolution du mariage en produisant l'acte de décès de son conjoint » (Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 13).

d'empêcher la bigamie, a organisé un système de publicité des mariages, en faisant faire des mentions du mariage en marge de l'acte de naissance des futurs époux (1).

La *majorité matrimoniale* est distincte de la majorité ordinaire. Les mineurs, au point de vue du mariage, ne peuvent se marier sans le consentement de leurs parents ou de leur famille. Pour les garçons, l'âge de la majorité est 25 ans (art. 148, C. civ.), à moins que le futur époux n'ait plus aucun ascendant, auquel cas il pourra se marier à partir de 21 ans (art. 159 et 160 C. civ.). Pour les filles, la majorité arrive à 21 ans (art. 148 C. civ.). Si le père et la mère sont tous deux vivants, l'enfant doit obtenir le consentement de tous les deux ; en cas de dissentiment, l'avis du père l'emporte. Si l'un des deux parents est mort ou dans l'impossibilité de manifester son consentement pour cause de folie, d'absence ou d'interdiction, le consentement du parent présent et capable suffit (art. 149, C. civ.). S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcé et qui aura obtenu la garde de l'enfant, suffira (art. 152, C. civ., loi du 20 juin 1898). Lorsqu'un enfant adopté a encore son père légitime ou naturel, c'est à ce

(1) Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 13.

dernier qu'il appartient de consentir au mariage, à l'exclusion du père adoptif. Dans le cas où l'un des père ou mère est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre est nécessaire et suffisant (art. 149, C. civ.). Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté (1), les aïeuls et aïeules les remplacent; s'il y a dissentiment entre aïeul et aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement (art. 150, C. civ.). « *L'enfant naturel* qui n'a point été reconnu, ou celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté (v. art. 153, C. civ.), ne pourra, avant l'âge de 21 ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur *ad hoc* qui lui sera nommé » (art. 159, C. civ.). « S'il n'y a ni père ni mère, ni

(1) « Sera assimilé à l'ascendant dans l'impossibilité de manifester sa volonté l'ascendant subissant la peine de la relégation ou maintenu aux colonies en conformité de l'article 6 de la loi du 30 mai 1854 sur l'exécution de la peine des travaux forcés. Toutefois les futurs époux auront toujours le droit de solliciter et de produire à l'officier de l'état civil le consentement donné par cet ascendant » (art. 153, C. civ., loi du 20 juin 1896): « C'est encore une mesure prise pour faciliter les mariages. Obliger un enfant, dont le père subit une peine en Nouvelle-Calédonie, à solliciter son consentement, c'était l'exposer à des retards considérables, et souvent faire manquer le mariage... » (Planiol, *op cit.*, t. III, p. 25).



aïeuls ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de 21 ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille » (art. 160, C. civ.). Pour les *enfants assistés*, la seule autorisation de leurs tuteurs légaux (c'est-à-dire des *commissions administratives des hospices* et à Paris du *directeur de l'Assistance publique*) est nécessaire (1) ; car s'il fallait observer le Code civil, les enfants assistés ne se marieraient jamais pendant leur minorité. La loi du 24 juillet 1889 permet de régulariser ces situations en faisant prononcer la déchéance des parents, quand ils existent encore. D'autre part, cette loi a prévu le cas où il existe des parents ayant conservé le droit de consentir au mariage, qui sont connus et s'y refusent. « L'Assistance publique pourra désormais le faire citer devant le tribunal, siégeant en Chambre du conseil, qui donnera ou refusera le consentement nécessaire, les parents entendus et dûment appelés » (art. 17, al. 2). C'est la seule exception au caractère définitif du refus du consentement des ascendants. En dehors de ce caractère, le consentement est de plus révocable, tant que le mariage n'a pas été célébré au gré de celui qui l'a donné.

(1) Loi du 15 pluviôse an XIII ; Loi du 10 janvier 1849 ; Cf. Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 27.

Même quand le futur a atteint la majorité matrimoniale de 25 ou 21 ans, il doit *demandeur conseil* à ses ascendants, et en cas de refus, il adresse à l'ascendant opposant une sorte de sommation, dite — à tort — *acte respectueux*. Il pourra être, à défaut de consentement sur l'acte respectueux, passé outre, un mois après, à la célébration du mariage (art. 151, loi du 20 juin 1896). Avant la loi du 20 juin 1896, le nombre des actes respectueux était de *trois* jusqu'à 30 ans pour les fils et 25 ans pour les filles, et même après cet âge il fallait envoyer un acte respectueux (1).

Un mariage célébré sans les divers consentements requis est entaché de nullité, et l'officier de l'état civil qui y a procédé est passible d'une peine correctionnelle (art. 156, C. civ. ; art 293 C. pén.).

Toutes les fois que la femme survit à la dissolution de son mariage, la loi lui impose un *délai de dix mois* qu'elle doit laisser s'écouler avant de se remarier. La défense en est faite à la femme pour le cas de

(1) Anciens articles 152 et 153, C. civ. — V. *Décl.* 26 nov. 1639, sur les formalités du mariage, les qualités requises, etc., « 2... Enjoignons aux fils qui excèdent l'âge de trente ans, et aux filles qui excèdent celui de vingt-cinq de requérir par écrit l'avis et le conseil de leurs père et mère pour se marier, sous peine d'être exhérédés par eux, suivant l'édit de 1556. » (*Les Codes français* par Louis Tripiet et Henri Monnier, Paris, 1907, 57<sup>e</sup> édit., pag. 31, en note) ; — La loi du 20 septembre 1792 abolit les *sommations respectueuses*. Le Code les a rétablies, les appelant *actes respectueux*. — Les articles 154 et 155 parlent de la forme des actes respectueux.

*décès* de son mari par l'art. 228 C. civ. et pour le cas de *divorce* par l'art. 296 C. civ. Par analogie on a étendu la défense au cas où le mariage a été *annulé* (1). Cet empêchement est simplement prohibitif, et le mariage célébré au mépris de cette interdiction ne doit pas pour cela seul être déclaré nul (2).

Les époux divorcés qui ont contracté un nouveau mariage également suivi de divorce ne peuvent plus ensuite se remarier ensemble (art. 295 C. civ.).

Autrefois, en cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pouvait se remarier avec son complice. Cet empêchement a été aboli par la loi du 15 décembre 1904.

L'ancien droit français considérait l'*impuissance* comme un empêchement dirimant du mariage. Le Code n'a point parlé de l'impuissance, au sujet de mariage (3).

Les militaires, marins et gendarmes ne peuvent se marier sans l'autorisation de leurs supérieurs, autorisation qui est donnée aux officiers par le ministre,

(1) Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 16. — Après le divorce, le point de départ du délai de dix mois est le jour de la transcription du jugement (Paris, 3 mai 1899; *Dalloz*, 1900.2.177).

(2) Cass., 29 octobre 1811 (*Sir.* et *P. chr.*).

(3) « Les demandes en nullité de mariage qui se fondaient sur cette cause suscitaient beaucoup de difficultés et de scandales, même après que la procédure du « congrès » eût été abolie par le Parlement de Paris. » V. Arrêt de règlement du 18 septembre 1677 (Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 11).

aux sous-officiers et soldats par le conseil d'administration de leur corps (1).

Malgré le décret du 20 septembre 1792, qui considérait le mariage comme un contrat purement civil et abrogeait les déclarations des 16 juin et 6 août 1685 de nombreux édits et règlements coloniaux (v. Code noir de 1724) prohibaient le mariage entre blanc et noir ou métis (V. circulaire du Grand-Juge, en date du 18 nivôse an X). Cette prohibition fut abrogée par la loi du 24 avril 1833 (2).

D'autres prohibitions furent abrogées par le Code comme : l'*alliance spirituelle* née du *baptême* entre parrain et marraine, ou entre l'un d'eux et l'enfant baptisé ; l'*empêchement d'honnêteté publique* né des *fiançailles* (v. ci-dessus, p. 53) ; le *rapt* ou la *séduction* d'une jeune fille ; le *meurtre* du précédent conjoint ; la *diversité de religion* (édit de novembre 1680 sur les mariages entre catholiques et hérétiques) ; la *mort civile* qui frappait les condamnés aux peines capitales qui subsista jusqu'en 1854. De plus, les ordonnances de 1639 et de 1697 avaient privé d'*effets civils* les *mariages in extremis*. Le Code abandonna cette vaine rigueur (3). Noter encore parmi les prohibitions

(1) Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 18.

(2) Verger, *Des mariages contractés en pays étrangers d'après les principes du droit international et du droit civil* (2<sup>e</sup> éd.), Paris, 1883, p. 6 ; Cf. Planiol, *op. et loc. cit.*

(3) Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 18.

abolies les *vœux solennels* et les *ordres sacrés*, auxquels nous nous arrêterons un instant.

Les *vœux religieux* étaient avant la Révolution un empêchement absolu au mariage des prêtres, diacres ou sous-diacres, ainsi qu'au mariage de ceux ou celles qui entraient dans les ordres monastiques. Ces interdictions furent abrogées par la Révolution (Constitution des 3-14 septembre 1791; décrets du 17 décembre 1792, des 19 juillet, 29 juillet, 12 août et 19 septembre 1793 — et pour les ordres monastiques, loi des 13-19 février 1790 (1).

Depuis la Révolution on considérait les *membres des communautés religieuses* comme parfaitement capables (2). Au contraire, le *mariage des prêtres* donna lieu à une controverse passionnée. A défaut de texte précis dans le Code, la doctrine et la jurisprudence ont considéré le mariage d'un prêtre comme entaché de nullité absolue (3). Cette opinion se basait sur *Les articles organiques du Concordat* (Loi du 18 germinal an X), qui assure à l'Eglise le respect des canons reçus en France (art. 6) et défend aux évêques d'ordonner des personnes ne réunis-

(1) Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 19, n° 57.

(2) *Ibid.* : « MM. Aubry et Rau croient cependant trouver dans un décret du 18 février 1807, relatif aux congrégations hospitalières de femmes, l'intention de donner effet aux vœux temporaires qu'on y prononce, parce que les vœux sont reçus par un officier de l'état civil (art. 7 et 8 du décret). »

(3) Lehr, *op. cit.*, p. 9, n° 25.

sant par les conditions requises (1). D'autre part, Portalis, sur l'ordre de l'Empereur, écrivit vers 1806 ou 1807, à deux ou trois officiers de l'état civil pour leur défendre de célébrer les mariages des ecclésiastiques. L'intervention de Portalis était causée par l'habitude qu'avaient prise les jeunes gens de l'époque d'entrer dans les ordres pour échapper au service militaire ; « puis au bout de quelque temps, ils abandonnaient le sacerdoce et prétendaient se marier (2) ». D'ailleurs, Portalis, en demandant au Corps législatif le vote de la loi de germinal, expliquait ainsi la portée de ces articles : « Le mariage des ministres des cultes, s'ils en contractent un, n'est pas nul aux yeux des lois politiques et civiles, et les enfants qui en naîtraient seraient légitimes, mais dans le for intérieur et dans l'ordre religieux, ils s'exposeraient aux peines spirituelles prononcées par les lois canoniques. Ils continueraient à jouir de leurs droits de cité et de famille, mais ils seraient tenus de s'abstenir de l'exercice du sacerdoce (3). »

Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a déclaré « que la loi de germinal n'était relative qu'à l'organisation des cultes, et nullement à l'état civil des personnes, et qu'il n'existe aucune loi qui interdise le mariage aux prêtres au regard de l'autorité

(1) Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 49, n° 57.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*



civile (1) ». Depuis la dénonciation du Concordat, la question ne peut même plus se poser.

Laissant de côté l'*identité de sexe* et le *manque absolu de consentement* de l'époux, lesquels sont des conditions d'existence même du mariage, les autres empêchements constituent autant de *conditions intrinsèques*. L'impuberté, l'inceste et l'empêchement de l'adoption (art. 348), la bigamie, les vices du consentement des époux, l'absence du consentement des ascendants ou de la famille et l'abus du divorce sont des *empêchements dirimants*. Le défaut d'actes respectueux, le délai de dix mois, l'existence d'une opposition et l'état militaire, sont des *empêchements prohibitifs* (2). Les premiers sont accompagnés d'une nullité (3), les seconds sont des prohibitions sans nullité.

(1) Cass., 25 janvier 1888 (D. P., 1888.1.97 et Sir., 1888.1.193). — Cet arrêt de la Cour de cassation est contraire à la jurisprudence antérieure : Cass., 21 févr. 1833 (Sir., 33.1.168) ; Cass., 23 févr. 1849 (Sir., 49.1.177) ; Agen, 6 juillet 1860 (Dalloz, *suppl.*, v° *Culte*, n° 60) ; Trib. Seine, 25 janv. 1865 (*Gaz. des Trib.*, 26 janv. 1865) ; Rennes, 4 févr. 1876 et Cass., 26 févr. 1878 (D. P., 78.1.113).

(2) Pour ceux qui n'admettent pas de nullité « en dehors du chapitre IV », l'*abus de divorce* (art. 295, C. civ.), l'empêchement de l'*adoption* (art. 348, C. civ.) et même le *défaut de consentement du tuteur ad hoc de l'enfant naturel* (art. 159, C. civ.) seraient des empêchements simplement *prohibitifs*.

(3) L'*inceste* et la *bigamie* sont des *nullités absolues* sans contestation ; il y a *controverse* quant à l'*impuberté*, à l'*adoption*, et à l'*abus du divorce* ; enfin les *vices de consentement* et le *défaut de consentement des ascendants* sont des *nullités relatives*.

**XI. — Grande-Bretagne et Irlande.**

§ 1. — *Angleterre* (1).

Comme sources de droit nous indiquerons le *common law*, le *Marriage Act* de 1753 (St. 26, Geo., II, c. 33), l'*Act for registering births and marriages in England* (St. 6 à 7, Will, IV, c. 85) du 17 août 1836, dit aussi l'*Act* de Lord John Russell, le *Marriage Act* du 18 août 1890, le *Forreign Mariage Act* de 1891 (2).

Les conditions de capacité matrimoniale sont : l'âge requis, le consentement des parties contractantes et le consentement des parents.

L'âge nécessaire pour pouvoir se marier est de 14 ans pour les garçons et de 12 ans pour les filles. Certains canonistes ont soutenu que le mariage ne serait radicalement nul que si l'un des époux avait moins de 7 ans (2). L'époux qui n'avait pas l'âge requis au moment de la célébration, peut se dédire, sans que l'intervention de l'autorité publique soit nécessaire ; l'autre, même ayant l'âge légal, la même

(1) V. pour tout ce qui concerne les conditions de capacité en droit anglais, E. Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, Paris, 1906, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 47-61, et *le Mariage, le Divorce et la Sépar. de corps*, p. 207-225 ; Barclay, *La femme anglaise — mariage, divorce, biens, nationalité, procédure*, — in-8°, Paris, Pedone, 1896.

(2) Lehr, *Le Mariage*, n° 455, p. 210 et *Elém. de dr. civ. angl.*, n° 83, p. 47.

faculté. Mais, si à ce moment ils gardent le silence et continuent leur vie commune, l'union devient définitive (1).

Le *consentement des époux* est indispensable à la validité du mariage (2). De plus il doit émaner de personnes saines d'esprit. « Le mariage des aliénés, reconnus tels par les fonctionnaires compétents, est entaché de nullité s'il a été contracté avant que le Lord chancelier ou la majorité des curateurs aient déclaré que le malade a recouvré l'usage de sa raison (St. 15, Geo. II, c. xxx) » (3).

La fraude, la violence et l'erreur sur la personne vicie le consentement des parties. Ces vices sont purgés par la continuation de la vie commune, lorsqu'ils cessent (4). L'erreur n'est que l'erreur sur la personne physique ; la jurisprudence anglaise est constante à ce sujet (5). Dans l'affaire *Swift c. Kelly*,

(1) Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, n° 83 ; Blackstone, *Commentaires*, éd. franc., t. II, p. 202 et Coke, *Instit.*, liv. I, 79, *apud* Lehr, *Le Mariage*, p. 210, n° 445.

(2) Comme cette condition est essentielle, et comme les parties doivent être libres, il est de règle de considérer comme nul tout contrat tendant à rémunérer les entremetteurs (*marriage brocage*). Seraient nuls les avantages que stipuleraient un père ou un tuteur, à leur profit, en échange de leur consentement. V. *Hall c. Potter*, 3 Levinz, 411 ; *Smith c. Burning*, 2 Vern., 392 ; Fonblanque, *on Equity*, 262 (Lehr, *Mariage*, *loc. cit.*, et *Eléments de droit civil anglais*, n° 84 et 85).

(3) Lehr, *Mariage*, *loc. cit.* ; *El. droit civ. angl.*, *loc. cit.*

(4) Lehr, *Mariage*, n° 464, p. 218.

(5) Regnault, *op. cit.*, p. 185.

où il était question d'une demande en nullité pour cause de grossesse antérieure au mariage et ignorée du mari, la commission judiciaire du Conseil privé (*Judicial committee of the Privy Council*) déclarait qu'« à moins que la partie qui en est victime n'ait été trompée sur l'identité de l'autre partie, et ainsi n'ait donné absolument aucun consentement, il n'y a pas d'erreur quelle qu'elle soit qui permette d'écarter un mariage qu'on a sciemment contracté ». Sir Francis Jeune, qui rapporte cette décision, ajoute : « La législation anglaise est si formelle, que même si l'opinion contraire pouvait trouver quelque point d'appui dans le droit canonique, je dirais encore que l'autorité de ce droit ne peut être acceptée chez nous. Mais je crois, qu'au contraire, les principes ci-dessus remontent au droit canon (1). »

D'après Pierre Lombard et Gratien, cette doctrine serait véritablement celle du droit canon (2).

Le *consentement des parents* est exigé jusqu'à l'âge de vingt-un ans, à moins qu'il ne s'agisse de secondes noces. Les parties doivent déclarer, au mo-

(1) *Journal du dr. int. pr.*, 1897, p. 1056 et s. ; Et Lord Stowell, cité par Sir Francis Jeune, dit : « Imaginez l'intrigue la plus noire, les disproportions les plus invraisemblables de rang, de fortune, et même d'âge, le tribunal n'en serait pas moins dans l'impossibilité de briser les chaînes, qui ont été forgées par d'autres que la victime, mais que celle-ci a rivées sur elle-même ».

(2) Esmein, *Le Mariage en droit canonique*, Paris, 1891, in-8°, t. I, p. 311 et s.

ment de la publication des bans, si le consentement est requis. En cas où cette déclaration se trouve être mensongère, le mariage n'est pas nul, mais le conjoint qui a fait une fausse déclaration, perd au profit de l'autre, au cas où celui-ci est innocent, soit au profit des enfants à naître, tous les avantages pécuniaires du mariage (St. 4, Geo. IV, c. 76, §§. 16 et 23; St. 6 et 7, Will., IV, c. 35, §. 43; St. 19 et 20, Vict., c. 119, s. 19) (1). « Mais en fait nulle preuve sérieuse du consentement des parents n'est requise avant la célébration (2). » Si les parents font opposition à temps, le mariage célébré malgré cette opposition, est annulable. Si le motif de l'opposition des parents n'est pas sérieux, l'enfant peut en appeler à la Cour de Chancellerie (*High Court of Justice, Chancery division*) et réclamer des dommages-intérêts. Après 21 ans, les enfants n'ont besoin d'aucune autorisation (3).

Il y a *empêchement* pour cause de *parenté* ou d'*alliance*, en ligne directe à l'infini, en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclusivement (St. 25, Henri VIII, c. 22). Ces règles sont usitées depuis des siècles, et en ce qui concerne l'empêchement de mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, nous avons

(1) Lehr, *Mariage*, no 449, p. 211, et *Elém. droit civ. angl.*, n° 87.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 386; *Annuaire de lég. étrangère*, 1892, p. 9 et s.

une loi de 1835 (St. 5 et 6, Will. IV, c. 54 (1). N'oublions pas que les Anglais imposent depuis quelque temps comme loi de capacité, la loi du domicile. Donc, si deux Anglais sont domiciliés en France, ou même à Jersey, qui a une législation particulière, le mariage entre un beau-frère et une belle-sœur, célébré dans ces pays, sera toujours valable en Angleterre (2). On a, à plusieurs reprises, essayé d'abroger cette dernière prohibition et l'opinion publique est favorable à cette réforme, mais tous les efforts ont échoué devant la résistance de la Chambre des Lords. La question est d'autant plus importante que, bon nombre d'enfants issus de telles unions contractées dans les colonies, où cette prohibition n'existe pas, se voient contester leurs qualités d'enfants légitimes lorsqu'ils viennent recueillir des successions ouvertes en Angleterre. Il est probable que cette réforme s'imposera ; du reste un *Deceased wife's sister bill* fut voté en seconde lecture en 1898, sur la proposition de lord Strathcona and Mount-Royal, malgré l'opposition du lord Chancelier, du décédé marquis de Salisbury et des évêques pairs (3).

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 451, p. 212.

(2) *Ibid.* ; v. *Brook c. Brock* (9 H. of L. C., 193) et « Bozelli's settlement » (*Law Quarterly Review*, july, 1902, p. 228-229).

(3) Lehr, *Mariage*, n° 451, p. 212 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 387 ; Lehr, *Elém. de dr. civ. anglais*, p. 45 et s. ; *Annuaire de législation étrangère*, 1887, p. 30.



L'existence d'un premier mariage non dissous est un empêchement dirimant à la validité d'un second (1). Le mariage est dissous par la mort, par un jugement d'annulation et par le divorce. Le mariage entre l'époux adultère — lorsque cet adultère a provoqué le divorce — et le complice, est permis en droit anglais, contrairement à la généralité des législations ; cependant aucun membre du clergé anglican ne peut être contraint de célébrer ces secondes noces (*Divorce Act of 1857*, — St. 20 et 21, Victoria, c. 85, § 57) (2). Il n'existe aucun texte qui oblige la femme, dont le mariage est dissous, d'observer un délai avant de se remarier (3).

Sont une cause de nullité absolue l'*impuissance* du mari et la *stérilité* de la femme, antérieure à la célébration. L'annulation ne peut être prononcée qu'après trois ans de cohabitation à moins que l'impuissance ne résulte d'une déformation organique de nature à supprimer toute incertitude (4).

## § II. — *Ecosse.*

Pour pouvoir contracter mariage, le droit écossais demande la *puberté*, c'est-à-dire l'âge de 14 ans pour

(1) Lehr, *Mariage*, n° 452, p. 212 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 387.

(2) Lehr, *Mariage*, n° 453, p. 212 et n° 481, p. 225.

(3) Lehr, *Mariage*, n° 481, p. 225 ; cependant v. Regnault, *op. cit.*, p. 246 et 249.

(4) Lehr, *Mariage*, n° 468, p. 218.

les garçons et de 12 ans pour les filles (1). Les mineurs pubères n'ont pas besoin du *consentement* de leurs *parents* ou *tuteurs* (2). Le *consentement des parties* doit être libre et les imbéciles (*idiots*) et les déments (*madmen*) sont incapables de contracter mariage ; pour les déments, on fait exception dans les intervalles lucides (3). Le mariage est interdit entre l'*époux coupable d'adultère* (en cas de divorce) et le *complice* (4). L'*impuissance* est un motif d'annulation à la requête de chacun des époux (5). « Nul ne peut contracter un *nouveau mariage* tant que son mariage précédent subsiste encore, n'ayant été rompu ni par la mort, ni par le divorce. Ni la bonne foi, ni aucune exception personnelle ne peuvent mettre obstacle à l'annulation du second (6). »

Le mariage est interdit entre *parents* et *alliés* en ligne directe à l'infini ; la ligne collatérale, à l'infini

(1) Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. II, p. 43 ; Lehr, *op. cit.*, n° 507, p. 237.

(2) Stocquart, *Le mariage en droit écossais* (*Journal du dr. int. privé*, 1902, p. 756) ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 387.

(3) Lehr, *op. et loc. cit.*

(4) Stocquart, *loc. cit.* (*Jour. du dr. int. pr.*, 1902, p. 758) ; Lehr, *op. et loc. cit.*

(5) *Ibid.*

(6) Lehr, *op. cit.*, n° 508, p. 237.—Cependant lors qu'un mariage entaché de nullité a été contracté de bonne foi par l'une des parties, les enfants nés sont considérés comme légitimes. Le droit écossais admet — contrairement au droit anglais — le mariage putatif ; v. Bell, *Principles of the law of Scotland*, 7<sup>e</sup> éd., § 1625, *apud* Lehr, *op. cit.*, n° 510, p. 238.

aussi, quant aux collatéraux *in loco parentis*, c'est-à-dire oncles, grands-oncles, etc., et jusqu'au second degré, c'est-à-dire frères et sœurs, beaux-frères et belles-sœurs; le mariage est permis entre cousins-germains et au delà de ces degrés. Tous ces mariages sont prohibés sous peine de nullité absolue (St. 5 et 6, Will. iv, c. 54 (1). « Il n'y a pas d'empêchement légal au mariage avec la personne qui a eu des relations illégitimes avec un proche parent de l'autre partie; ainsi un homme peut épouser valablement l'ancienne maîtresse de son frère (2). »

#### Grèce.

Le mariage est réglé par les dispositions canoniques de l'Eglise orthodoxe (3).

L'âge nécessaire est de *quatorze* ans pour les garçons et de *douze* ans pour les filles (4). En cas de célébration avant cet âge, le mariage sera valide

(1) Lehr, *op. cit.*, p. 237, n° 509.

(2) *Ibid.*

(3) La Grèce n'a pas de Code civil. En vertu du décret-loi du 23 février 1835, les lois civiles des empereurs bizantins (contenues dans l'*Hexabiblos* d'Harménopoulos), la coutume et la jurisprudence régissent les citoyens grecs (Lehr, *op. cit.*, n° 564, p. 259).

(4) Typaldo Bassia, *Note sur les formalités et conditions requises pour contracter mariage dans la législation grecque* (*Bulletin de la Société de législation comp.*, 1896, p. 166).

si la cohabitation continue après la puberté (1).

Les époux doivent *consentir librement*; les personnes atteintes d'aliénation mentale ne peuvent contracter mariage et d'autre part, le consentement est vicié par la violence et, par l'erreur portant sur la personne ou sur les qualités essentielles de la personne. Les aveugles et les sourds-muets sont capables de consentir (2).

Les futurs époux doivent obtenir le *consentement* exprès ou tacite de leurs *parents*. En cas où le refus du père ne repose sur aucun motif sérieux, l'enfant peut être autorisé par la justice; si le père est dans l'impossibilité de le donner, la mère le remplace à cet effet. Ce consentement est exigé jusqu'à 21 ans pour les garçons et jusqu'à 25 ans pour les filles (3). L'orpheline mineure a besoin du consentement de ses proches parents, et l'adopté de celui de l'adoptant; mais le consentement des tuteurs ou curateurs n'est jamais exigé. Le consentement donné après le mariage a un effet rétroactif (4).

Sont considérés comme constituant un empêchement absolu : 1° l'*impuberté*, 2° l'incapacité physique apparente, c'est-à-dire la *castration*; mais non l'im-

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 566, p. 260.

(2) *Ibid.*, n° 567.

(3) Typaldo Bassia, *loc. cit.* (Bull. Soc. de lég. comp., 1896, p. 465).

(4) *Ibid.*; Lehr, *op. cit.*, n° 568.

puissance, certaines infirmités ou défauts (1) ; — 3° un *précédent mariage non dissous*, ou trois mariages antérieurs (2) ; la veuve ne peut se remarier qu'un an après la dissolution de son mariage, à moins d'avoir accouché dans l'intervalle (3) ; — 4° les *vœux religieux* ; les personnes qui ont prononcé des vœux de chasteté, les moines, ainsi que les hauts dignitaires de l'Eglise (archevêques, évêques, archimandrites, etc.), ne peuvent se marier ; mais les prêtres (papes, protopopes) peuvent se marier avant leur ordination et même avancer dans les dignités ecclésiastiques s'ils deviennent veufs (4).

Il y a empêchement relatif au mariage à cause : 1° de parenté et d'alliance ; 2° d'adoption ; 3° de parenté naturelle ; 4° d'affinité spirituelle ; 5° de certaines condamnations ; 6° de tutelle ou de curatelle ; 7° de disparité du culte.

Le mariage est interdit entre *parents* en ligne directe à l'infini et en ligne collatérale jusqu'au septième degré inclusivement. Entre alliés, le mariage est interdit ordinairement jusqu'au cinquième degré inclus ; parfois, à cause d'un ordre de parenté déjà existant, l'interdiction peut aller jusqu'au septième

(1) Typaldo Bassia, *loc. cit.* (Bull. Soc. de lég. comp., 1896, p. 166.

(2) *Ibid.*, Lehr, *op. cit.*, n° 570, p. 261.

(3) Cet empêchement est simplement prohibitif (Lehr. *op. cit.*, p. 260, n° 569.

(4) Lehr. *op. cit.*, n° 570, p. 261 et n° 843, p. 357.

degré (1). Lorsque les fiançailles ont été consacrées par une cérémonie religieuse (2), elles sont considérées comme une quasi-alliance et le mariage est interdit entre un homme et la fiancée de son père, la fiancée de son fils, la fiancée de son frère, la mère de sa fiancée (3). Le mariage est encore interdit entre le veuf de la mère et la veuve du beau-fils, entre le beau-fils et la veuve du beau-père, puis entre l'époux divorcé et les enfants de l'autre époux issus d'un second mariage (4).

« Tant que le lien d'adoption subsiste, l'adopté ne peut contracter mariage ni avec les parents, ni avec la mère ou la sœur de l'adoptant. En ligne directe, l'empêchement survit même à l'adoption (5). »

« Entre parents naturels, le mariage est interdit en ligne directe, à l'infini ; en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré (6). »

« Le mariage est interdit, pour cause d'*affinité spirituelle* (7), entre le parrain et son fils et la

(1) Lehr, *op. cit.*, p. 261, n° 572 ; voir *supra*, p. 28, note 5.

(2) L'Eglise d'Orient assimile au mariage, les fiançailles ecclésiastiques. Esmein, *op. cit.*, t. I, pp. 136 et 163.

(3) Regnault, *op. cit.*, p. 241.

(4) Typaldo Bassia, *loc. cit.*, (*Bull. de la Soc. de lég. comp.*, 1896, p. 166 et 167).

(5) Lehr, *op. cit.*, n° 573, p. 261.

(6) *Ibid.*, n° 574, p. 262.

(7) *Paternitas* ou *compaternitas* en droit catholique ; v. Esmein, *loc. cit.*, t. II, p. 261 et s.



filleule ou la mère ou la fille de la filleule (1). »

Lorsqu'il y a eu condamnation pénale, il est interdit au mari adultère d'épouser sa complice; cependant la femme adultère ne peut plus se remarier du tout (2). L'individu condamné pour rapt ne peut épouser sa victime (3).

Le tuteur ou le curateur, ou leurs descendants, ne peuvent épouser la pupille pendant quatre ans qui suivent la reddition des comptes, à moins que le père de la pupille n'ait d'avance levé cet empêchement par une disposition testamentaire (4).

« Enfin le mariage est interdit entre chrétiens et non-chrétiens (5). » Entre orthodoxes et hérétiques proprement dits, l'empêchement est seulement prohibitif (6); d'autre part, les mariages entre orthodoxes et schismatiques sont autorisés (7). Une loi du 15 octobre 1864 autorise expressément les mariages mixtes de ce genre (8).

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 575, p. 262.

(2) Typaldo-Bassia, *loc. cit.* (*Bull. Soc. lég. comp.*, p. 164).

(3) Lehr, *op. cit.*, n° 576.

(4) *Ibid.*, n° 577; Typaldo-Bassia, *loc. cit.*

(5) Lehr, *op. cit.*, n° 578, p. 262.

(6) Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 248.

(7) Regnault, *op. cit.*, p. 252.

(8) Lehr, *op. cit.*, n° 581, p. 263.

**XII. — Italie.**

La plupart des articles du Code civil italien, qui traitent du mariage (art. 55 et s.), contiennent des dispositions analogues au Code Napoléon. Ainsi l'âge indispensable au mariage est de *dix-huit* ans pour les hommes et de *quinze* ans pour les femmes (1). Toutefois le roi peut accorder des dispenses jusqu'à la limite de *quatorze* et de *douze* ans (2). Si une personne n'avait pas l'âge légal en se mariant, le mariage ne peut pas être attaqué lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis qu'elle a atteint cet âge ou lorsque l'épouse, bien que n'ayant pas cet âge, est devenue enceinte (art. 110, civ. ital.) (3).

Pour contracter un *nouveau mariage*, il faut être dégagé des liens du précédent mariage (art. 56 civ. it.) (4). De même qu'en droit français, le mariage

(1) Art. 55, civ. ital. « Lors de la discussion du Code, Mancini avait proposé d'abaisser cet âge à 14 et à 12 ans, à raison de la précocité de la puberté dans les provinces méridionales. Son amendement fut rejeté à une forte majorité, sur l'observation qu'à cet âge, les époux n'étaient pas en état de comprendre la portée d'un engagement perpétuel et que, d'ailleurs, des raisons d'hygiène et l'intérêt même des enfants à naître du mariage condamneraient la proposition ». Lehr, *op. cit.*, n° 590, p. 268.

(2) Art. 68 civ. it. ; v. *Actes de la Conférence de La Haye*, 1900, p. 24.

(3) Lehr, *op. cit.*, n° 611, p. 275.

(4) Pour le cas de *bigamie*, l'art. 113 décide que le conjoint peut, à toute époque, attaquer le mariage de l'autre conjoint ; l'oppo-

est interdit à la femme dans les *dix mois* qui suivent la dissolution du précédent, hormis deux exceptions : en cas d'impuissance manifeste de son premier conjoint, et en cas d'accouchement avant ce délai (art. 57 civ. ital.) (1).

En ce qui concerne la *parenté* et l'*alliance*, les art. 58, 59 et 68 du Code civil italien (2) reproduisent les prohibitions des art. 161-164 du Code Napoléon. Pour l'*adoption*, la législation italienne a établi des prohibitions identiques à celle du Projet de Code civil belge (3). Ainsi le mariage est interdit entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants, entre les enfants survenus à l'adoptant et l'adopté, entre les enfants adoptifs de la même personne et entre l'adoptant et le conjoint de l'autre (art. 60 civ. it.) (4).

Les *aliénés* interdits ne peuvent contracter mariage. Si l'instance en interdiction est seulement introduite, la célébration du mariage est suspendue jus-

sition du premier mariage doit être jugée préalablement. Lehr, *op. cit.*, n° 613, p. 275.

(1) V. *infra* art. 107 civ. it. *Act. conf. La Haye*, 1900, p. 25. — Lorsque la femme contracte mariage malgré cette prohibition, elle encourt — ainsi que l'officier d'état civil et l'autre conjoint — une amende de 300 à 1.000 *lire* ; de plus, la femme est déchue de toute donation, gain dotal et succession provenant de son premier mari (art. 128 C. ital.).

(2) *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 25.

(3) V. baron Guillaume, *Le mariage en droit international et la conférence de La Haye*, Falk, Bruxelles, 1895, p. 313.

(4) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 25.

qu'à ce que la justice se soit prononcée (art. 61, C. ital.) (1). Pourtant l'annulation ne peut plus être prononcée si la cohabitation a continué pendant trois mois après la révocation de l'interdiction (C. ital., art. 112). Le *consentement des parties* ne doit pas être vicié (C. ital., art. 105). Pour ce qui concerne l'*erreur*, la doctrine et la jurisprudence italiennes étendent la cause prévue par l'art. 105, « à l'erreur portant sur cet ensemble d'attributs qui constituent la personnalité civile (2) ». Un arrêt de la Cour de Cassation de Turin, du 21 juillet 1883, décide que le mariage d'une italienne avec un musulman qui s'était fait passer pour français, peut être annulé pour cause d'erreur sur la personne (3). Il a été jugé de même lorsqu'une femme avait épousé un homme qu'elle croyait libre, mais qui était religieusement uni à une autre femme (4). S'il y a eu cohabitation pendant un mois depuis que l'époux a recouvré sa liberté ou connue son erreur, la demande en nullité n'est plus recevable (C. ital., art. 106) (5).

L'auteur principal ou le complice d'un *homicide* volontaire, commis, manqué ou tenté, sur la personne de l'un des conjoints, et convaincu comme tel

(1) *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 25.

(2) Lehr, *op. cit.*, n° 608, p. 274.

(3) *Journal du droit int. pr.*, 1884, 553.

(4) Lehr, *op. et loc. cit.* — V. arrêts de la Cour de Brescia, 10 octobre 1883 et de Catane, 19 décembre 1881.

(5) Lehr, *op. et loc. cit.*

dans une instance criminelle, ne pourra épouser l'autre conjoint ; s'il a été mis en accusation ou en état d'arrestation, la célébration du mariage doit être suspendue jusqu'au jugement définitif (C. ital., art. 62) (1).

Pour le *consentement des ascendants*, les art. 63 et suivants du Code italien (2) sont les mêmes que les articles correspondants du Code français. Nous trouvons comme exceptions : 1° l'art. 63 *in fine*, lequel impose à l'enfant adopté, âgé de moins de 21 ans, l'obligation d'obtenir l'autorisation de son père adoptif et celle de ses père et mère ; — 2° les enfants naturels, non-reconnus ou orphelins, sont autorisés non pas par le tuteur *ad hoc* (C. franç., art. 159), mais par le conseil de tutelle (C. ital., art. 66) ; — 3° aucun acte respectueux n'est exigé de la part de l'homme ayant atteint 25 ans, de la femme majeure de 21 ans (3) ; — 4° enfin, contrairement au droit français, le Code italien (art. 67) permet au fils majeur de recourir auprès la Cour d'appel contre le refus de consentement de ses ascendants ou du conseil de famille ou de tutelle ; pour la fille ou pour les fils mineurs, le recours peut être formé soit par les parents ou alliés, soit par le ministère public. La Cour

(1) *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 25.

(2) *Ibid* ; Cfr. Lehr, *op. cit.*, n° 597 et 598, p. 270, Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 397.

(3) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 25.

statué à huis clos, après avoir entendu les parties et le ministère public, et sans l'intervention d'avocats ou procureurs. La décision de la Cour ne doit pas être motivée.

*L'impuissance* manifeste et perpétuelle, antérieure au mariage, constitue une cause de nullité (art. 107, C. ital.).

### XIII. — Mexique (Etats-Unis du).

Le Code connu sous le nom de *Code civil mexicain*, n'est en réalité qu'un Code spécial élaboré pour le district fédéral et le territoire de Basse-Californie (*Baja California*) — car tous ces Etats de la confédération mexicaine sont souverains en matière de droit civil — et adopté successivement pour tous les autres Etats, à l'exception de ceux de Mexico et de la Vera-Cruz. Ce Code a été promulgué en 1870 et révisé en 1884 (1).

Au Mexique, les hommes ne peuvent contracter mariage avant *quatorze* ans révolus, et les femmes avant *douze* ans révolus (C. mex., art. 164) (2).

Jusqu'à 21 ans, les futurs époux doivent obtenir le consentement du père, et à défaut de la mère (3)

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 650, p. 287 et 288.

(2) Raoul de la Grasserie, *Résumé analytique du Code civil mexicain* (collection Giard et Brière), Paris, 1895, p. 31.

(3) La mère n'est pas consultée lorsque le père existe. Regnault, *op. cit.*, p. 206.



même remariée, des aïeuls, des aïeules, du tuteur, et en dernier lieu, du juge. Lorsque le refus n'a aucun motif justifié, le futur époux peut se pourvoir près de l'autorité administrative et solliciter d'elle l'autorisation nécessaire (1).

« Le mariage est interdit : 1° entre *parents* légitimes ou naturels, en ligne directe à l'infini, en ligne collatérale jusqu'au troisième [degré, mais avec possibilité de dispense à ce dernier degré ; — 2° entre *alliés* en ligne directe à l'infini ; — 3° entre personnes dont l'une a attenté à la vie du conjoint de l'autre ; — 4° entre personnes dont l'une est encore engagée dans les liens d'un précédent mariage » (C. mexic., art. 163) (2).

Le mariage est prohibé entre le *tuteur* ou le *curateur* ou leurs enfants et la *pupille*, avant l'approbation du compte de tutelle (3).

L'*erreur* sur la personne physique du conjoint (4), la contrainte (5), le rapt — avant que la femme ait

(1) Léon de Montluc, *Examen critique du Code civil de Mexico* (*Revue de droit intern. et lég. comp.*, 1872, p. 309 et s.).

(2) Lehr, *op. cit.*, n° 654, p. 288. La nullité provenant de parenté est couverte si la dispense est obtenue postérieurement à la célébration (*ibid.*, n° 667, p. 291).

(3) Regnault, *op. cit.*, p. 283.

(4) L. de Montluc, *op. cit.*, p. 312.

(5) Lehr, *op. cit.*, n° 667, p. 292. « La contrainte n'est une cause de nullité que si elle a donné naissance à une crainte sérieuse pour la vie, l'honneur, la liberté ou une partie notable des biens, soit du conjoint lui-même, soit de la personne qui l'avait sous sa puissance paternelle. »

recouvré sa pleine liberté, — la folie incurable et constante, constituent des vices au libre *consentement des parties* (1).

Figure également au nombre des nullités : « l'incapacité physique de remplir les fins du contrat (2) ».

#### XIV. — Norvège.

Le Code norvégien de 1687 (III, 18, § 5, *in fine*) demande aux futurs époux d'exprimer librement leur consentement. L'aliénation perpétuelle et temporaire, la maladie, l'ivresse vicient le consentement et rendent le mariage annulable (3).

L'âge nécessaire pour contracter mariage est de 20 ans pour les hommes et de 16 ans pour la femme (C. norv., III, 18, § 5). Cependant cet empêchement paraît être simplement prohibitif (4).

Les mineurs au-dessous de 18 ans, ainsi que la femme interdite, ne peuvent se marier sans le consentement de leurs parents ou tuteur, sauf recours contre un refus non justifié (C. norv., III, 18, § 3). Les veuves et divorcées sont considérées toujours

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 656, p. 289.

(2) Loi org. mexic. du 14 déc. 1874, art. X. *Annuaire de législation étrangère*, 1874, p. 716-717 ; Juge civil du district fédéral, 2 oct. 1894 (*Journal du droit int. privé*, 1895, p. 567).

(3) *Actes de la 3<sup>e</sup> conf. de La Haye*, 1900, p. 37.

(4) *Ibid.*

comme majeures (loi du 11 avril 1863, § 1) (1).

Le mariage est encore défendu : 1° aux soldats, sous-officiers et officiers, sans l'autorisation de leurs chefs (*Rituel de l'Eglise*, chap. VIII, Ordonnance du 17 octobre 1731, Règlement militaire — *kriigs artikkel brev.* — du 29 juillet 1756, §§ 399 et 401-406, l'arrêté du 1<sup>er</sup> décembre 1756); — 2° à ceux qui appartenant à l'Eglise d'Etat n'ont pas fait leur première communion (*Rit.*, ch. VIII, loi sur les dissidents, § 11, et loi du 22 juin 1863); — 3° à ceux qui « manifestement sont incapables, comme des eunuques », de contracter mariage (*Rit.*, ch. VIII); — 4° aux personnes non vaccinées, à moins de prouver qu'elles ont eu la vérole véritable (Ordonnance du 3 avril 1810, § 10); — 5° à ceux qui sont liés par un mariage antérieur non dissous (C. norv., III, 8, § 3, *Rit.*, ch. VIII; comp. L. sur les dissidents, § 7); — 6° à l'époux dont le mariage vient d'être rompu à cause de son adultère, lequel ne pourra se remarier avant trois ans révolus à partir du divorce et après avoir obtenu une autorisation royale (C. norv., III, 18, § 15, I, n° 4) (3).

D'après le règlement (*Forordning*) du 14 décembre 1775, et celui du 23 mai 1800, I, § 1, le mariage est interdit : 1° aux *parents* en ligne directe à l'infini, aux collatéraux au degré de frère et sœur et aux

(1) *Actes de la 3<sup>e</sup> conf. de La Haye*, 1900, p. 37.

(2) *Ibid.*, p. 37 et 38.

(3) *Ibid.*, p. 38.

collatéraux au degré de tante et neveu, grand-oncle et nièce, etc., sauf dispense pour cette dernière prohibition ; — 2° aux *alliés* en ligne directe à l'infini, aux alliés collatéraux au degré d'oncle ou grand-oncle, tante et grand'tante, à la veuve avec le frère de son défunt mari (mais non entre le veuf et la sœur de sa précédente femme). Le mariage est interdit entre parents ou alliés légitimes et naturels sans distinction ; — 3° enfin, à l'époux coupable adultère avec son complice, sauf pardon de l'époux l'offensé (1).

#### XV. — Pays-Bas.

Le Code néerlandais défend la *polygamie* (art. 84) (2) ; nul ne peut donc contracter mariage avant la dissolution du précédent. Le mariage se dissout : 1° par la mort ; — 2° par l'absence pendant dix ans et le mariage subséquent du mari ; — 3° par un jugement prononcé cinq ans après la séparation de corps, alors que tout ce temps s'était écoulé sans réconciliation, et que l'un des époux demande la dissolution du mariage (v. C. néer., art. 255 et s.) ; 4° par le divorce (C. néer., art. 254) (3).

Le *libre consentement des époux* est une condition essentielle du mariage (C. néerl., art. 85). La *con-*

(1) *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 38.

(2) *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 28.

(3) *Lehr, op. cit.*, n° 721, p. 310.

*trainte* [ou *l'erreur* dans la personne ne peuvent plus servir à une demande d'annulation, lorsqu'il y a eu cohabitation continue pendant les trois mois qui suivent le recouvrement, par l'époux, de sa pleine liberté ou la reconnaissance de l'erreur (C. néerl., art. 142). L'*aliéné interdit* est incapable de contracter mariage. Si malgré cette prohibition le mariage est contracté, mais l'interdiction est levée, la nullité ne peut être invoquée que par l'époux qui était interdit, et l'action n'est plus recevable après une cohabitation de six mois depuis la levée de la curatelle (C. néerl., art. 143) (1).

L'*âge* requis pour pouvoir contracter mariage est de 18 ans révolus pour l'homme et de 16 ans révolus pour la femme ; sauf dispense du souverain pour des causes graves (C. néerl., art. 86) (2).

Pour cause de *parenté* ou d'*alliance*, le mariage est interdit : 1° entre parents et alliés, légitimes ou naturels, en ligne directe à l'infini ; — 2° entre frères et sœurs, légitimes ou naturels ; — 3° entre beaux-frères et belles-sœurs ; — 4° entre collatéraux légitimes au degré d'oncle et nièce ou de grand-oncle et petite-nièce. Pour motifs graves, le roi peut accorder dispense, en ce qui concerne les beaux-frères et les

(1) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 28 ; Lehr, *op. cit.* n° 709.

(2) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 28.

belles-sœurs, et les collatéraux au troisième et au quatrième degré (C. néerl., art. 87 et 88) (1).

Est encore interdit le mariage entre l'époux adultère et son complice; et entre époux divorcés (C. néerl., art. 89 et 90) (2).

La femme ne peut se remarier que *trois cents jours* après la dissolution de la précédente union (C. néerl., art. 91) (3).

Les enfants légitimes, mineurs de 23 ans, sont tenus d'obtenir le consentement de leurs père ou mère, ou du père seul si la mère refuse; à défaut du père, ce droit passe à la mère. Si celle-ci ne peut manifester sa volonté, le droit passe successivement à l'aïeul paternel, puis à l'aïeul maternel, à l'aïeule paternelle, à l'aïeule maternelle, au tuteur et au subrogé-tuteur. Si ces derniers refusent, le futur peut se marier avec le consentement du juge cantonal, après avis des quatre plus proches parents, et de plus il peut recourir contre le refus du juge, près du tribunal d'arrondissement (C. civ. néerl., art. 92, 93, 94, 95 et 96) (4).

L'enfant naturel, légalement reconnu par son père, est tenu d'obtenir le consentement de ce dernier, ou à défaut, de celui de sa mère. Si les parents sont dé-

(1) *Act. conf. de La Haye*, 1900, p. 28.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*

(4) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 397-398.



cédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou si l'enfant n'est pas reconnu, c'est au tuteur et au subrogé-tuteur de donner le consentement, ou en cas de refus de ces derniers, au juge cantonal, contre le refus duquel, l'enfant naturel, de même que l'enfant légitime, peut recourir devant le tribunal d'arrondissement (C. néerl., art. 97 et 98) (1).

Jusqu'à l'âge de 30 ans, les enfants légitimes majeurs, et par analogie, les enfants naturels majeurs et reconnus, sont encore tenus de demander le consentement de leurs père et mère; en cas de refus, ils peuvent se pourvoir devant le juge du canton, lequel fait comparaître devant lui les parties et leur adresse telles représentations qu'il juge convenables. Si les parents, dûment convoqués, font défaut, le mariage peut être célébré sur présentation du certificat de non-comparution, mais si l'enfant fait défaut, le mariage ne peut être célébré. Enfin si les parents, lors de leur comparution, persistent dans leur refus, le mariage ne peut être célébré que trois mois plus tard (art. 99-104, C. civ. néerl.) (2).

Les officiers doivent de plus avoir l'autorisation du Roi, les soldats ou sous-officiers l'autorisation des ministres de la Guerre et de la Marine. Entre 18 et 40 ans, tous les hommes doivent produire à l'officier

(1) *Act. conf. de La Haye*, 1900, p. 28.

(2) *Ibid.*

de l'état civil un certificat constatant qu'ils ont satisfait aux obligations du service militaire, ou ne sont pas astreints au service (1).

#### **XV. — Portugal.**

Le Code portugais de 1867 possède, comme le Code espagnol, deux sortes de mariages : le *mariage canonique* pour les catholiques, et le *mariage civil* pour les non-catholiques. Nombre de règles sont communes aux deux mariages et certaines sont spéciales à l'un et à l'autre (2).

Les deux sortes de mariages sont interdits : 1° aux mineurs ou aux majeurs incapables, s'ils n'ont pas obtenu le consentement de leurs père ou mère, ou de leurs représentants légaux ; — 2° au tuteur et à ses descendants, avec la pupille, jusqu'à l'approbation du compte de tutelle, à moins que le père ou la mère n'ait autorisé le mariage, par testament ou par un autre acte authentique ; — 3° à l'époux adultère avec son complice, condamné comme tel ; — 4° à l'époux condamné pour crime d'homicide contre son conjoint, avec le complice ou le co-auteur ; — 5° aux personnes entrées dans les ordres ou liées par des vœux solennels (C. port., art. 1058) (3).

(1) *Act. conf. de La Haye*, 1900, p. 28.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 398-399.

(3) *Act. conf. de La Haye*, 1900, p. 29-30.

Le mariage du mineur ou du majeur incapable, contracté sans le consentement de leurs père ou mère ou représentants légaux, ne sont pas nuls, mais les mineurs et les majeurs incapables encourent les peines suivantes : « 1° le mineur non émancipé ne peut demander à être mis en possession de ses biens avant d'avoir atteint sa majorité, il n'a le droit que de demander des aliments, jusqu'à concurrence du revenu de ses biens ; — 2° les majeurs en tutelle ne peuvent recouvrer l'administration de leurs biens qu'après que la cause de leur interdiction a cessé ; on leur applique, d'ailleurs, la même règle qu'aux mineurs ; — 3° les mariages contractés, sans l'autorisation nécessaire, par des mineurs non émancipés ou par des majeurs en tutelle sont réputés faits avec séparation de biens » (C. port., art. 1060) (1). S'il y a dissentiment, entre le père et la mère, quant au consentement, l'avis du père prévaut. En cas où l'un des deux est mort ou légalement empêché, le consentement de l'autre suffit. Pourtant, si la mère s'est remariée et si elle n'est pas confirmée dans l'administration de biens de l'enfant, c'est le conseil de famille qui aura à donner le consentement. A défaut de père ou mère, c'est l'aïeul exerçant la tutelle qui donnera l'autorisation nécessaire, ou, en cas de décès ou d'empêchement, le conseil de famille (C. port., art. 1061) (2).

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 786, p. 330 et 331.

(2) *Act. conf. de La Haye*, 1900, p. 30.

Aucun recours n'est ouvert contre la décision de ceux qui ont qualité pour accorder et refuser le consentement (C. port. 1062) (1).

En cas d'infraction aux dispositions de l'art. 1058, 2° (voir *supra*), l'époux — tuteur ou son descendant — ne peut rien recevoir de son épouse — sa pupille — ni par donation, ni par testament, et le mariage est considéré comme contracté avec la séparation des biens. De plus, le tuteur est privé de l'administration des biens de la pupille pendant sa minorité (C. port., art. 1062) (2). Ceux qui se sont mariés au mépris des dispositions de l'art. 1058, 3° et 4°, encourrent les mêmes peines (C. port., art. 1063) (3).

En ce qui concerne le consentement, le Code portugaisa ceci d'intéressant en ce qu'il permet de donner un consentement par mandataire, pourvu que le mandat soit spécial et contienne la désignation expresse de la personne avec laquelle le mandant doit se marier (C. port., art. 1068) (4).

Le *mariage religieux* est soumis à toutes les règles du droit canonique (C. port., art. 1069), sous réserve des conditions et des effets temporels réglés par la loi civile (C. port., art. 1070) (5).

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 399.

(2) Lehr, *op. cit.*, n° 787, p. 331.

(3) *Ibid.*

(4) Lehr, *op. cit.*, n° 789, p. 332.

(5) *Act. conf. de La Haye*, 1900, p. 30.

Le *mariage civil*, valable entre Portugais non-catholiques, contient, en dehors des prohibitions ci-dessus (p. 93-95), les dispositions suivantes (art. 1072) :

Le mariage n'est pas possible entre parents et alliés en ligne directe, entre collatéraux au second degré, entre collatéraux au troisième degré, à moins de dispenses ; de plus il est défendu au mineur de quatorze ans et à la mineure de douze ans non révolus, ainsi qu'aux personnes engagées dans les liens d'un mariage encore non-dissous (C. port., art. 1073) (1).

Enfin -- pour les deux sortes de mariages -- est prohibé le remariage de la veuve avant l'expiration des 300 jours qui suivent la mort du mari. Si la femme se marie avant ce terme, elle est tenue de vérifier si elle est enceinte ou non (2) (C. port., art. 1233), sous peine de perdre, au profit des héritiers légitimes de son premier mari, tous les avantages reçus ou à recevoir. D'autre part, dans ce cas, le second mari ne peut désavouer l'enfant né après 180 jours, à moins que l'enfant ne prouve avoir pour père le premier mari (C. port., art. 1234) (3).

(1) *Annuaire de lég. étr.*, 1875, p. 611. Le mariage n'est dissout que par la mort.

(2) *Sera obrigada a fazer verificar se esta ou nao gravida.*

(3) *Lehr, op. cit.*, n° 807, p. 338.

**XVII. — Roumanie.**

Suivant le prince Cantémir de Moldavie, contemporain de Pierre le Grand, la législation du peuple roumain, des deux principautés de Moldavie et de Valachie, n'a pu être que la *coutume*. Il paraît pourtant qu'en Moldavie, au xv<sup>e</sup> siècle, un prince, nommé Alexandre le Bon, dota son pays d'une loi écrite. Malheureusement le texte ne nous est pas parvenu (1). Au milieu du xvii<sup>e</sup> siècle, apparaissent deux Codes : l'un en Moldavie, imprimé à Iassy par ordre du prince Basile le Loup, en 1646, rédigé d'après les Basiliques, et fortement incomplet; l'autre en Valachie, imprimé en 1652, à Tîrgoviste, sous le règne de Mathieu Bassarab, et traduit des Basiliques et du Nomacanon ou Commentaire d'Alexis Aristène sur l'*Epitome Canonum*. Ces Codes ne tardèrent pas à tomber en désuétude. Le prince de Moldavie, Alexandre Morouzi, chargea l'échanson (*paharnicul*) Toma Carra de composer un Code civil et un Code pénal. Mais celui-ci mourut en 1806, sans achever l'œuvre. D'autres Codes, celui du prince Alexandre Ipsilanti (1776) et celui d'Andronaki Donici (même époque) eurent une courte durée et furent remplacés,

(1) Alexandresco, *Préface* du vol. de M. Busdugan, *Du mariage des Roumains à l'étranger et des étrangers en Roumanie*, Bucarest, 1900, p. vii.



en 1817, par de nouvelles législations : la Moldavie eut le Code Callimaki, la Valachie, le Code Caragea (1).

Le Code Callimaki reproduit en grande partie le Code autrichien, promulgué en 1811. Le Code Caragea, de beaucoup inférieur au premier, se rapproche du manuel d'Harménopole. Dans tous ces Codes, le mariage n'occupe que peu ou pas de place, étant réglementé par les Canons de l'Eglise orthodoxe. La Constitution de 1832, imposée par les Russes, qui occupaient à ce moment les principautés roumaines, et nommée le « Règlement organique » (*Regulamentul organic*), institua les actes de l'état civil jusqu'alors inconnus.

Le mariage civil obligatoire fut introduit par le Code civil roumain, promulgué le 4 décembre 1864 et mis en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1865. Rédigé surtout d'après le Code Napoléon, et empruntant quelques dispositions au Code civil italien, le nouveau Code abrogea toutes les dispositions des anciennes lois du pays, dispositions — du reste — tombées depuis longtemps en désuétude : Ainsi, le mariage était défendu entre chrétiens et juifs, entre orthodoxes et catholiques ou protestants (art. 91 du Code Callimaki). Notons que la matière du mariage a été considérablement modifiée par la loi du 15 mars 1906 (2).

(1) Alexandresco, sur Busdugan, *op. cit.*, p. VIII-XIII.

(2) V. *Monitorul oficial*, du 3 mai 1906.

« Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'a point de consentement », dit l'article 129 du Code civil roumain. « L'homme avant 18 ans et la femme avant 15 ans ne peuvent contracter mariage » (art. 127) (1). Le législateur roumain a-t-il omis intentionnellement le mot *révolus* du texte français (art. 144)? Certains auteurs roumains se prononcent pour l'affirmative, et pensent que le Code a voulu permettre la célébration du mariage aussitôt que l'homme est entré dans la 18<sup>e</sup> année et la femme dans la 15<sup>e</sup> année (2). Cependant le texte de l'article 127, tel qu'on le trouve dans les *Actes de la conférence de La Haye*, a rétabli le mot *révolus*. La Cour de cassation roumaine a décidé, le 20 septembre 1897, que le mariage n'est pas possible avant 18 et 15 ans *accomplis* (3). Cependant « le chef de l'Etat peut accorder des dispenses pour motifs graves (C. civ. roum., art. 128 ; comp. C. civ. fr., art. 145).

Avant la loi du 15 mars 1906, le Code civil roumain disposait en ce qui concerne les actes respectueux et le consentement des ascendants, de la famille ou du tuteur, de la même manière que le Code civil

(1) Avant le Code civil, « la puberté » était fixée respectivement à 14 et à 12 ans.

(2) Busdugan, *op. cit.*, p. 6, note 1 ; Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, p. 46, note 1, et p. 78, note 2 ; Tataru, dans *Dreptul*, 1896, n° 7.

(3) *Dreptul*, 1897, p. 511. Cf. Alexander, dans *Dreptul*, 1897, p. 568. V. *Act. conf. de La Haye*, 1900, p. 33.

français. Les articles 131 et 142 étaient presque identiques aux articles 148-160 du Code civil français. La nouvelle loi a abaissé l'âge de la majorité matrimoniale et a supprimé les actes respectueux à tout âge. Voici les textes remplaçant les anciens articles :

Art. 131. — « Le fils, de même que la fille, qui n'ont pas atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère. — En cas de dissentiment, le consentement du père suffit » (Comp. C. civ. fr., art. 148).

Art. 132. — « Si l'un des deux est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, ou si sa résidence est inconnue, le consentement de l'autre suffit à la célébration du mariage » (Comp. C. civ. fr., art. 149).

Art. 133. — « Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur consentement, l'aïeul et l'aïeule paternels, ou à leur défaut, l'aïeul et l'aïeule maternels, les remplaceront. S'il y a dissentiment, ce partage emportera consentement. — A défaut des aïeuls, les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leur tuteur » (Comp. C. civ. fr., art. 150 et 160).

Art. 141. — « L'enfant naturel (1) qui a perdu sa

(1) La reconnaissance des enfants naturels n'existe pas dans le Code roumain.

mère, ou dont la mère ne peut manifester sa volonté, ne peut contracter mariage avant vingt et un ans révolus, sans le consentement de son tuteur » (comp. art. 159 du C. civ. fr.)

Les articles 134 à 138, 140 et 142, semblables aux articles 151 à 155, 157, 158 et 160 du Code civil français, ont été abrogés.

Lorsque le mariage a été dissout par la mort ou par un divorce, ou le mariage a été annulé, la femme ne peut se remarier avant l'expiration d'un délai de dix mois *à moins d'avoir accouché dans l'intervalle*. (C. civ. roum., art. 210 et 278) (1). Les mots en italique ont été ajoutés par la loi du 15 mars 1906, précitée. M. Alexandresco, rapporteur de la loi au Sénat (2), explique que le projet présenté ne tient aucun compte du motif de convenance, et cela conformément au droit romain (3).

Les époux divorcés ne peuvent se remarier ensemble (art. 277). On a tenté de remplacer cet article par le texte de la loi française du 27 juillet 1884, modifiant l'article 295 du Code civil français. La modification fut votée par le Sénat, mais rejetée par la Chambre (4).

(1) Comp., art. 37 du C. civ. ital., et § 1313 du C. all.

(2) V. Débats du Sénat roumain, séance du 23 février, dans *Monitorul oficial* du 3 mai 1906.

(3) L. XI, § 2, Dig., *de his qui notantur infamia*, 3, 2.

(4) Au Sénat même il y eut une vive opposition de la part des métropolitites et des évêques orthodoxes, membres de la Haute

Les empêchements prévus par les articles 210, 277 et 278 sont purement prohibitifs. L'article 279, correspondant à l'article français 298, abrogé par la loi française du 15 décembre 1904, a été également abrogé par la loi roumaine du 15 mars 1906.

« On ne peut pas contracter un second mariage avant la dissolution du premier. » (C. civ. roum., art. 130.)

En ce qui concerne les mariages des militaires, voir le Règlement du 7 avril 1897.

Le mariage est prohibé en ligne directe entre ascendants et descendants et alliés dans la même ligne, sans distinguer « si la parenté résulte d'union légitime ou illégitime » (C. civ. roum., art. 143). Il y a controverse dans la doctrine et la jurisprudence roumaines pour savoir si l'alliance peut naître du concubinage ou seulement du mariage. M. Alexandresco soutient que le mariage entre deux personnes dont l'une a vécu en concubinage avec le père, la mère, les ascendants ou les descendants de l'autre, est permis (1). L'argument principal de M. Alexan-

Chambre. L'évêque du Bas-Danube expliqua l'opposition du haut clergé de la façon suivante : « Ceux qui se sont remariés civilement, après un divorce, peuvent-ils contracter mariage aussi religieusement ? Evidemment non, car la bénédiction nuptiale est un sacrement qui ne peut pas être répété sur la personne des mêmes conjoints... » *Monitorul oficial* du 3 mai 1906.

(1) Alexandresco, *op. cit.*, p. 76. Cf. Cour de Focsani (*Dreptul*, 1885, n° 43 ; Trib. Iassy (*ibid.*, 1884, n° 44).

dresco, est que les derniers mots de l'art. 143 du Code civil roumain, étant empruntés au Code de Moldavie (Callimaki), ont le sens de l'ancien droit de Moldavie, d'après lequel l'alliance ne pouvait naître que du mariage. Cependant l'opinion contraire nous paraît meilleure. Il nous semble que l'intention du législateur roumain de 1865, en remplaçant les mots « légitimes ou naturels » du texte français (art. 161), par les mots correspondants des anciens Codes, a été de conserver une expression connue. Du reste, le législateur roumain a voulu supprimer toute controverse en rejetant les mots « alliés » dans la première partie de l'article 143. Cela est confirmé par le texte de l'article 144 : « Dans la ligne collatérale, dit cet article, le mariage est prohibé jusqu'au quatrième degré inclusivement, sans distinguer si la parenté provient d'un mariage légitime ou illégitime et *entre alliés de ce même degré.* » Les mots *alliés* viennent ici après l'expression *légitime ou illégitime*, contrairement à la rédaction du précédent article, car, suivant l'esprit du législateur, le mariage entre deux personnes dont l'une est alliée illégitimement avec les parents collatéraux de l'autre, est permis. C'est dans ce sens que se sont prononcées la Cour de cassation roumaine par un arrêt du 31 mai 1884 (*Dreptul*, 1885, n° 53), et la Cour de Iassy par l'arrêt du 25 juin 1884 (*Dreptul*, 1885, n° 20) (1). Le mariage

(1) Busdugan, *op. cit.*, p. 10-12, note.



est encore prohibé « entre le parrain et sa filleule et entre la marraine et son filleul » (C. civ. roum., art. 145 ; comp. décrets du Saint-Synode russe, datés de 1787, 1810, 31 décembre 1837, 14 avril 1841 et 28 mars 1859 (1), de même art. 75 du Code civ. espagnol.) Cet empêchement, purement prohibitif, est un vestige du droit canon. Il a passé dans le Code Callimaki (§ 93) et, de là, dans le Code civil (2).

« Le père adoptif ne peut épouser sa fille adoptive. Il ne peut épouser ni la fille de sa fille adoptive, ni la femme de son fils d'adoption » (art. 116). « Le fils adoptif ne peut épouser celle qui aura été la femme de son père adoptif, ni sa fille, ni sa mère, ni la sœur de sa mère ou de son père » (art. 147). Il n'est pas permis d'épouser la sœur adoptive de son père, de sa mère, de son aïeul ou aïeule » (art. 148). Il y a de plus un article 313 qui est la reproduction fidèle de l'article 348 du Code français. « La présence de ce dernier texte, dit M. Busdugan (3), qui ne concorde pas avec les dispositions des autres articles (empruntés au Code Callimaki, §§ 95, 96 et 97), ne peut être considérée que comme le résultat d'une inadvertance des rédacteurs du Code, qui ont oublié qu'ils s'étaient prononcés dans la matière com-

(1) *Act. de la conf. de La Haye*, 1900, p. 35.

(2) Budusgan, *op. cit.*, p. 12, note 2 ; Alexandresco, *op. cit.*, p. 74.

(3) Budusgan, *op. cit.*, p. 13, note 1.

prise sous le titre : *Du mariage*. Dans la pratique, l'application de ces articles rencontrera toujours des difficultés. » La parenté résultant de l'adoption est considérée, de même qu'en droit français, comme étant un empêchement purement prohibitif.

« Le chef de l'Etat peut néanmoins accorder, pour des causes graves, des dispenses et lever les prohibitions comprises dans l'art. 144 du présent Code concernant les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs et les mariages entre cousins et cousines » (art. 150). Le roi ne peut donc pas permettre le mariage entre oncle et nièce, tante et neveu (comp. art. 163 et 164 du C. civ. fr.).

« Le mariage entre le tuteur ou curateur et leur pupille est prohibé. Le mariage entre le père du tuteur, le frère du tuteur, qui se trouve encore sous la puissance paternelle, le fils du tuteur, et la pupille, est de même prohibé, si le tribunal n'a pas été saisi de l'attestation que ledit tuteur a rendu ses comptes, et s'il n'a pas déclaré que l'union de la fille mineure avec lui ou avec les personnes plus haut citées a été faite dans l'intérêt de la pupille » (C. civ. roum., art. 149).

Nous avons vu que l'art. 129 fait du consentement une condition essentielle du mariage. De même que l'art. 180 du Code français, l'art. 162, roumain, ne reconnaît comme pouvant former obstacle à la validité du consentement des conjoints que la violence

(physique ou morale) et l'erreur dans la personne *physique*. Par l'adjonction de ce mot, le législateur roumain a tranché la controverse qui existe dans les pays régis par le Code Napoléon. L'*erreur* de l'un des époux sur les qualités physiques, morales ou sociales de l'autre, ne constitue pas un vice de consentement. Il en est de même pour l'*impuissance*, qui, dans le Code Callimaki (§§ 86 et 143), était une cause de nullité du mariage. Le même Code interdisait le mariage à ceux généralement connus par leurs mauvaises mœurs, à ceux atteints de maladies contagieuses et aux indigents (§ 79). De plus, les canons de l'Eglise orthodoxe défendaient le mariage des tuberculeux, des épileptiques, des ivrognes, des névropathes (*acei slabi de nervi*), des syphilitiques (1). Tous ces empêchements furent abrogés par le Code civil de 1864.

#### **XVIII. — Russie.**

Le mariage est un contrat essentiellement religieux, et chaque Eglise ou rite impose ses règles spéciales. Il faudra examiner les conditions de capacité suivant que les personnes contractantes appartiennent à l'Eglise orthodoxe ou à d'autres Eglises chrétiennes, ou, enfin, entre non-chrétiens (2).

(1) Rapport de M. Alexandresco (*Monitorul oficial*, 3 mai 1906).

(2) Lehr, *op. cit.*, n° 834, p. 353 et 354.

Pour les ressortissants de l'Eglise orthodoxe-russe, l'âge de la nubilité est fixé à 18 ans pour l'homme et à 16 ans pour la femme (*Zvod zakanoff Russieskoï imperii*, t. X, 1<sup>re</sup> part., art. 3) (1); cet âge est exceptionnellement abaissé, dans la région du Caucase, à 15 et à 13 ans (Ukase du 4 octobre 1846) (2); de plus, un Décret de 1863 autorise l'évêque orthodoxe de l'éparchie à accorder une dispense d'âge aux futurs qu'un laps de six mois au plus sépare de l'âge légal (3). Toute personne âgée de plus de 80 ans est incapable de se marier (*Zvod*, art. 4) (4).

Le libre consentement des époux est nécessaire. Ni les parents, ni les tuteurs ne peuvent forcer leurs enfants ou pupilles à se marier contre leur gré (*Zvod*, art. 12 (5). Le mariage est interdit aux personnes atteintes d'idiotisme ou d'aliénation mentale (*Zvod*, art. 1, c. pén. rus., art. 1551) (6). Est nul tout contrat par lequel un individu s'engage à s'entremettre, moyennant finances, pour amener un mariage qui, d'après les dogmes de l'Eglise orthodoxe, est un sacrement (Dép. civil de cass., 1869, n° 70, *Kouznetsov*) (7).

(1) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 33.

(2) Lehr, *Eléments de droit civil russe*, Paris, 1877, t. I, p. 49.

(3) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 399.

(4) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 33; C. pén. russe, art. 1563 et 1564 (Lehr, *Mariage*, n° 837, p. 355, note 1).

(5) Lehr, *Mariage*, n° 838, p. 355.

(6) *Act. conf. de La Haye*, 1900, p. 33.

(7) Lehr, *Mariage*, *loc. cit.*

Nul ne peut se marier sans le consentement des parents, du tuteur ou du curateur (*Zvod*, art. 6 (1). Aux termes des art. 202 et 248 de la loi des cultes étrangers en Russie, les parents peuvent interdire à leurs enfants, même majeurs, appartenant à une religion dissidente, de contracter mariage, ou d'annuler celui contracté sans leur consentement (2). Dans les gouvernements de Tchernigof et de Poltova, la fille peut se pourvoir en autorisation après ces tribunaux, contre le refus de ses parents, administrateurs de ses biens (*Zvod*, art. 7) (3). Dans les provinces baltiques, l'enfant peut faire appel à la juridiction compétente contre les refus injustifiés de ses parents. En tout cas, ce refus doit être prévu par la loi ecclésiastique de 1832, art. 70 (C. civ. des prov. balt., art. 205) (4).

La personne qui enlève une jeune fille pour l'épouser, contre la volonté de ses parents, est passible d'une peine de 4 à 8 mois d'emprisonnement; et la fille — au cas où elle s'est prêtée à l'enlèvement — est enfermée, pour un laps de temps identique, dans un couvent ou dans la maison paternelle, sauf le droit des parents et tuteurs d'abréger la durée de

(1) *Act. conf. de La Haye*, 1900, *loc. cit.*

(2) Trib. civ. Seine, 14 juin 1887 (*Journal du dr. int. pr.*, 1889, p. 101) ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 400, note 1.

(3) *Act. conf. de La Haye*, 1900, *loc. cit.*

(4) *Ibid.*, Lehr, *op. cit.* n° 839, p. 355.

l'emprisonnement (*Zvod*, art. 8 ; C. pén. rus., art. 1549) (1). Seront punies des mêmes peines les personnes qui se marieraient — en dehors du cas d'enlèvement — contre le gré de leurs parents ; elles seront, en outre, exclues de la succession de l'ascendant offensé, sauf en cas de pardon de ce dernier, par testament ou par tout autre acte (C. pén. rus., 1566) (2). Pour mariage contre le gré du tuteur, la loi se montre moins sévère (C. pén. rus., 1567) (3).

Le mariage est encore interdit : 1° aux personnes engagées dans les liens d'un mariage antérieur non dissous (*Zvod*, art. 20) (4) ; — 2° aux personnes déjà ma-

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 840, p. 356.

(2) Lehr, *op. et loc. cit.*

(3) *Ibid.*

(4) Le mariage est dissous par la mort de l'un des conjoints (*Zvod Zakon.*, art. 43) et le divorce (art. 45). — « Lorsqu'un mariage est annulé à raison de l'existence d'un mariage antérieur non encore dissous, l'époux coupable peut continuer à vivre avec le premier conjoint qu'il avait abandonné, du moins si celui-ci y consent ; mais il ne peut, même après la mort de ce premier conjoint, contracter un nouveau mariage. Si le conjoint abandonné se refuse à reprendre la vie commune, il lui est loisible de se remarier, moyennant la permission de l'autorité diocésaine, sans que pour cela l'époux infidèle puisse être relevé de l'incapacité perpétuelle qui pèse sur lui à titre de peine. On applique la même règle au cas où un époux abandonne l'autre ou le laisse pendant plus de cinq ans sans nouvelles : le conjoint abandonné peut obtenir l'autorisation de se remarier ; l'autre est condamné à vivre désormais dans le célibat si son premier conjoint refuse de reprendre la vie conjugale. Il n'y a d'exception à ce principe qu'en faveur des militaires qui restent absents pen-



riées trois fois (*Zvod zak.*, art. 21) (1); 3° aux membres du clergé régulier ou clergé *noir*, c'est-à-dire non seulement aux moines, mais aussi aux divers dignitaires de l'Eglise, lesquels sont choisis parmi les membres des ordres monastiques : patriarches, exarques, métropolitains, archevêques, évêques, etc. (*Zvod*, art. 2). Au contraire, les membres du clergé séculier ou *blanc*, les papes, les protopopes, etc. peuvent tous se marier avant leur consécration (C. pén. rus., art. 1569) (2).

Le mariage est prohibé entre *parents* ou *alliés* suivant les règlements ecclésiastiques (*Zvod*, art. 23 et 37-2°, Statut des consistoires ecclésiastiques, chap. intitulé : « Des mariages illégaux et nuls. ») En vertu des ukases du Saint-Synode de 1787, du 19 janvier 1810, 31 décembre 1837, 14 avril 1841, et 28 mars

dant plus de cinq ans pour des faits de guerre ; s'ils reviennent et que leur premier mariage ait été dissous dans l'intervalle, ils peuvent en contracter un nouveau. Dans le cas où les deux époux seraient également coupables, la loi maintient, comme dans les hypothèses précédentes, leur première union, mais leur interdit tout mariage ultérieur, même après la mort de l'un d'eux ». Lehr, *op. cit.*, n° 853, p. 360 et 361 ; cf. *Zvod zakon.*, art., 37-4°, 40, 41 et 42, *Act. conf. de La Haye*, 1900, p. 34.

(1) Pour prévenir la *bigamie* ou le *quatrième mariage*, la loi impose qu'il soit spécifié sur les passeports ou autres papiers de légitimation, les qualités de veuf, ou de célibataire, ou le nombre des mariages déjà contractés (*Zvod*, art. 22). — *Act. conf. de La Haye*, 1900, p. 33.

(2) Lehr, *Le mariage*, n° 843, p. 357 ; Weiss, *op. cit.*, t. III p. 400 et note 2 ; Lehr, *Eléments de droit civil russe*, p. 21.

1859, qui se réfèrent tant au Lévitique (c. 18) qu'à la cinquante-quatrième règle du sixième Concile œcuménique, le mariage est prohibé absolument jusqu'au quatrième degré (cousins-germains) inclusivement ; pour les alliés au premier degré seulement. Le mariage est aussi prohibé entre l'adoptant et l'adopté, tant que dure l'adoption et, en outre, pour cause d'affinité spirituelle, entre le parrain et sa filleule, la marraine et son filleul. Pour les autres prohibitions canoniques à cause de parenté ou d'alliance (voir *supra*, p. 48, note 4), il faut une dispense de l'évêque d'éparchie (1).

Les militaires et les fonctionnaires civils ne peuvent se marier sans l'autorisation de leurs supérieurs (2) ; les officiers ne le peuvent pas avant vingt-quatre ans (3). Les agents diplomatiques doivent, s'ils veulent épouser une étrangère, demander l'autorisation du gouvernement et de plus donner une déclaration de leur future épouse, mentionnant le montant de la dot et à quelles successions elle peut éventuellement prétendre à l'étranger, et il faut qu'elle s'engage à aliéner tous les biens qu'elle pos-

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 400 ; Lehr, *Le mariage*, n° 842, p. 356 ; Regnault, *op. cit.*, p. 227 ; *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 33 et 35.

(2) Art. 9, 11 ; C. pén. russ., art. 1565 ; cf. Lehr, *op. cit.*, n° 844.

(3) *Ann. de lég. étrang.*, 1878, p. 840 ; Regnault, *op. cit.*, p. 286.

séderait hors de l'empire, faute de quoi son futur mari serait obligé de résigner ses fonctions (*Zvod*, art. 66). Enfin, les condamnés incorporés dans les compagnies de discipline ne peuvent pas se marier durant le temps qu'ils ont à passer dans ces compagnies (*Zvod*, art. 10) (1).

Les mariages de personnes appartenant à l'Eglise orthodoxe avec des non-chrétiens, sont nuls, sous cette réserve que la nullité n'est pas absolue lorsque le baptême de l'époux orthodoxe est postérieur au mariage (*Zvod*, art. 37-7°) (2). Dans le mariage entre un orthodoxe et une personne chrétienne non-orthodoxe, celle-ci doit s'engager par écrit de faire respecter les convictions de la personne orthodoxe, de ne faire vis-à-vis d'elle aucune tentative de prosélitisme, et de faire baptiser et élever *tous* les enfants à naître dans la religion orthodoxe-russe (*Zvod*, t. X, 1<sup>re</sup> part., art. 67) (3). Pour les mariages des musulmans, israélites ou païens convertis au christianisme orthodoxe-russe, v. art. 79, 80, 81, 82, 83 et 84 (*Zvod*, t. X, 1<sup>re</sup> part.) (4).

La loi russe ne s'est pas préoccupée de prévenir la confusion du sang par un remariage, et elle n'a

(1) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, *loc. cit.*; *Lehr*, *op. cit.*, n° 844, p. 357, 845, p. 358.

(2) *Act. conf. de La Haye*, 1900, *loc. cit.*; *Weiss*, *op. et loc. cit.*

(3) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 34.

(4) *Ibid.*

imposé qu'aux dames nobles russes un délai de six mois après le décès de leurs époux. Ce délai ne constitue qu'un empêchement prohibitif (1).

Enfin l'*impuissance* et la *stérilité* ne rendent pas nul le mariage, mais peuvent servir de fondement à une action en divorce, après trois ans de mariage (*Zvod zakonow*, t. X, 1<sup>re</sup> part., art. 48-49) (2).

*Les chrétiens n'appartenant pas à l'Eglise russe* doivent observer les règles de capacité de leurs Eglises et aussi les conditions générales au point de vue de l'âge, du libre consentement des futurs, du consentement des parents ou tuteurs, du principe de monogamie (*Zvod zakonov*, *loc. cit.*, art. 61-64) (3).

Pour la *Pologne*, c'est la loi du 23 juin 1825, abrogeant le liv. I, C. Nap., et modifiée par la loi du 24 juin 1836, qui règle la matière du mariage. Quatre conditions sont considérées comme essentielles au mariage : 1<sup>o</sup> l'âge ; — 2<sup>o</sup> le consentement des parties ; — 3<sup>o</sup> la permission des parents ou tuteurs, et, pour les militaires, les supérieurs hiérarchiques ; — 4<sup>o</sup> la capacité physique des parties (Loi du 24 juin 1836, spéciale pour les mariages entre catholiques romains, art. 5) (4).

(1) *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 33.

(2) *Ibid.*

(3) *Lehr*, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 857, p. 362 ; cf. *Actes de la conf. de La Haye*, *loc. cit.*

(4) *Lehr*, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 860, p. 363.

La première condition donne lieu à une contradiction. Le droit canonique catholique permet le mariage après quatorze et douze ans, le *Zvod* seulement à partir de la dix-huitième et de la seizième année. Ce dernier âge est imposé même aux non-orthodoxes par le *Statut des consistoires ecclésiastiques*, lequel exige l'âge de dix-huit ans pour les hommes et de seize ans pour les femmes sous peine de nullité (art. 218-219), de même que l'art. 3 du *Zvod*. La loi polonaise fait une distinction : Si les parties se marient avant l'âge légal — 18 et 16 ans —, mais après l'âge canonique du droit catholique — 14 et 12 ans —, le mariage est valable, mais les parties, les parents et le prêtre payeront une amende; si les parties se marient avant 14 et 12 ans, le mariage est nul (L. pol., 24 juin 1836, art. 8) (3). La seconde et la troisième condition ne donnent lieu à aucune observation, mais la quatrième condition nous fait observer que, tandis que l'impuissance est dans le Code russe un motif de divorce, la loi polonaise régissant une population essentiellement catholique, en fait une cause d'annulation : « Art. 22 : Lorsqu'une des parties se sera trouvée, antérieurement au mariage, dans une impuissance constante d'accomplir les devoirs conjugaux, le mariage

(4) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 35.

pourra, sur la demande de l'autre partie, être déclaré nul (1). »

Constituent des empêchements au mariage : 1° la disparité de culte, en ce sens que les catholiques ne peuvent s'unir aux non-chrétiens (2) ; — 2° la polygamie (3), empêchement perpétuel qui subsiste même après la mort du premier conjoint ; — 3° l'ordination ou les vœux monastiques ; — 4° le crime de l'un des conjoints, en ce sens que l'autre conjoint ne peut épouser le meurtrier ; — 5° la parenté ou l'alliance légitime jusqu'au 4° degré inclusivement, la parenté

(1) *Act. de la conf. de La Haye*, 1900, p. 33.

(2) En Pologne (V. L. polon., 24 juin 1836, art. 192 et s.) et dans le gouvernement de Wilna, Witebsk, Wolhynie, Grodno, Kiew, Kovno, Mohilew et Podolie, en cas de mariage mixte (deux chrétiens n'appartenant ni l'un ni l'autre à l'Eglise russe), les enfants mâles suivent la religion du père, et les filles celle de la mère, sauf convention contraire (*Zvod zak.*, t. X, 1<sup>re</sup> part., art. 75). V. Lehr, *Le Mariage*, n° 859 ; Regnault, *op. cit.*, p. 252 ; Lehr, *El. droit civ. russe*, t. I, n° 18 ; *Act. conf. de La Haye*, 1900, p. 35. — Lorsque le mariage a été célébré dans chacune des églises des mariés (par exemple mariage entre un catholique et une protestante), un avis du conseil de l'Empire, approuvé par l'Empereur, fait examiner la validité du mariage par la juridiction du rite dont le ministère a procédé le premier à la célébration de l'union [Notice du comte J. Kapnist (*Annuaire de lég. étr.*, t. XXI, p. 834)].

(3) Le mariage est dissous par la mort, l'annulation ou l'entrée dans les ordres de l'un des époux. Cette dernière cause ne peut avoir lieu que lorsque le mariage n'est pas consommé (Loi de 1836, art 67). Lorsqu'une union a été annulée, les ci-devants époux ne peuvent se remarier avant 3 ou 6 ans suivant le motif de l'annulation (L. de 1836, art. 68-72). *Act. conf. de La Haye*, *loc. cit.* ; Lehr, *Le Mariage*, n° 862, p. 364.



naturelle jusqu'au 4<sup>e</sup> degré, l'alliance naturelle jusqu'au 2<sup>e</sup> degré, l'affinité spirituelle du baptême, l'affinité civile (adoptant et adopté) ; — 6<sup>e</sup> l'honnêteté publique, en ce sens qu'un fiancé ne peut se marier avec les parents canoniques de l'autre ; — 7<sup>e</sup> enfin, lorsqu'un mariage est dissous par la mort ou l'entrée dans les ordres monastiques de l'un des époux ou lorsque le mariage est annulé à cause de l'impuissance de l'un des époux, l'autre époux ne pourra épouser les parents de celui-ci lorsque le degré sera prohibé au 5<sup>e</sup>. De plus, la loi prévoit des dispenses pour les cas indiqués aux 5<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> (L. polon., 24 juin 1836, art. 23 et 40) (1).

Le *Zvod* (t. X, 1<sup>re</sup> part., art. 85 et 87) interdit aux catholiques romains d'épouser des non-chrétiens ; les protestants ne peuvent épouser des païens, mais leur mariage avec des israélites ou des mahométans est autorisé s'il est célébré selon les rites de l'Eglise évangélique-luthérienne de Russie (2).

Les sujets russes non-chrétiens peuvent se marier selon leurs lois et coutumes. Pourtant les mahométans et les israélites sont obligés d'observer l'âge légal fixé par l'art. 3 des *Lois civiles* (*Zvod zakon.*, t. X, 1<sup>re</sup> partie, art. 90 et 91) (3).

(1) *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 35.

(2) *Ibid.*

(3) *Lehr, Le Mariage*, n<sup>o</sup> 876, d. 369 et *Elém. de dr. civ. russe*,

**XIX. — Serbie.**

Le Code civil serbe de 1844 n'admet que le mariage religieux, et les conditions de capacités sont presque toutes celles de l'Eglise orthodoxe (C. civ. serbe, art. 60 et s.) (1).

Les futurs époux doivent consentir librement ; la démence, la violence, le rapt, l'erreur sur la personne rendent le mariage nul ou annulable (C. civ. serb., art. 73, 89 et 93. L'âge nécessaire pour contracter mariage est de 15 ans pour l'homme et de 13 ans pour la femme ; jusqu'à 18 ans, le consentement des parents ou tuteurs est demandé, mais à titre simplement prohibitif (art. 73, C. civ. serbe). Entre chrétiens et non-chrétiens, le mariage est interdit et radicalement nul (C. civ. serb., art. 79) (2).

L'impuissance, la parenté ou l'alliance, les vœux monastiques ou la prêtrise après ordination, une condamnation aux travaux forcés (antérieure au mariage et ignorée du conjoint), la bigamie, constituent des empêchements dirimants (3). « Le ma-

t. I, n° 23 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 400 ; *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, *loc. cit.*

(1) Lehr, *Le Mariage*, n° 895, p. 378 ; Jivoïn Peritch, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1900, p. 742 et s.

(2 et 3) Pavlovitch, *De la condition juridique des étrangers en Serbie* (*Journ. du droit int. pr.*, 1884, p. 18) ; Lehr, *op. cit.*, n° 897 et 901 ; Regnault, *op. cit.*, 186, 209, 217, 244 et 253.

riage du tuteur avec la pupille entraîne l'excommunication du tuteur, la destitution du prêtre qui a célébré le mariage, la femme doit retourner chez ses parents (1). » Pour les militaires, il y a des prohibitions suivant le grade : 1° les sous-officiers en second, les caporaux et les soldats ne peuvent pas se marier ; — 2° les sous-officiers en premier ne le peuvent qu'après cinq ans de grade ; — 3° les sous-lieutenants et lieutenants, tant qu'ils n'ont pas deux ans de grade (2).

Une veuve se remarie rarement en Serbie, en tout cas, un quatrième mariage est interdit aux hommes, comme aux femmes. En cas de divorce, l'époux coupable ne peut jamais se remarier ; si tous les deux sont coupables, ils ne pourront se remarier ni l'un ni l'autre. En suite d'un divorce, la femme doit attendre six mois avant de se remarier si un certificat médical constate qu'elle n'est pas enceinte, ou neuf mois dans les autres cas, sous peine de voir perdre les avantages que lui assurait son premier contrat de mariage (3).

(1) Regnault, *op. cit.*, p. 283.

(2) *Ibid.*, p. 286.

(3) Lehr, *op. cit.*, n° 904 et 909, p. 381 et 383 ; Pavlovitch, *op. et loc. cit.* ; Regnault, *op. cit.*, p. 244 et 248.

**XX. — Suède.**

Le Code suédois (*Rikeslag* de 1734, sect. *du mariage*), présente deux points originaux : 1° l'institution du *giftoman*, tuteur matrimonial perpétuel de la femme suédoise ; — 2° les fiançailles, qui sont encore l'acte essentiel du mariage, et dont la bénédiction religieuse n'est, en quelque sorte, que le complément (1).

Sauf dispense du roi, l'homme ne peut se marier avant 21 ans, et la fille avant 17 ans ; pourtant, lorsque l'homme a 17 ou 18 ans, il peut obtenir l'autorisation de se marier, en cas où il sait lire et possède des éléments de la religion (2). Pour les Lapons, l'âge a été abaissé par la loi du 1<sup>er</sup> avril 1892 à 17 et 15 ans (3).

Le mariage est fait par le libre consentement des époux (C. civ. suéd., sect. *du mariage*, ch. I, § 5) (4). L'erreur rend le mariage annulable et le Code suédois mentionne deux cas entre autres : 1° lorsque l'un des époux a eu, postérieurement aux fiançailles,

(1) Lehr, *Le Mariage*, nos 910 et 919, p. 384-389.

(2) C. Civ. suéd., *Sect. du Mariage*, ch. I, § 6, modifié par la loi du 1<sup>er</sup> avril 1892, et Lettre royale du 15 février 1745. V. Lehr, *op. cit.*, n° 920, p. 389 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 401. *Annuaire de législation étrangère*, 1893, p. 681 ; *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 36.

(3) *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 36.

(4) *Ibid.*

des relations avec un tiers, et que ce fait ne parvient à la connaissance du conjoint qu'après le mariage (ch. xiii, § 7) ; — 2° lorsque l'un des époux est atteint d'une impuissance perpétuelle, soit d'une maladie contagieuse et incurable, et qu'il a frauduleusement dissimulé ces faits (ch. xiii, § 8) (1). L'homme qui veut épouser une jeune fille doit le demander au *giftoman* (ch. i, § 1), cependant, depuis l'ordonnance du 8 novembre 1872, la fille majeure n'a plus de *giftoman* (2).

La fille mineure de 25 ans, et dans certains cas jusqu'à 24 ans seulement (3), ainsi que la femme majeure placée en tutelle sont tenues de demander le consentement du père ou du tuteur matrimonial (*giftoman*) (4) ; la fille qui se marie contre la volonté du père, ainsi que le fils ou la fille veuve, habitant avec leurs parents, encourent l'exhérédation (ch. vi, §§ 1 et 2). A part ces pénalités prévues par le Code de 1734, le mariage est valable, depuis les lois du 8 novembre 1872 et du 17 mars 1882, en l'absence du consentement des parents ou du *giftoman* lorsque ceux-ci n'ont pas exercé leur action en annulation ou lorsque leur demande ne s'appuie pas

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 933, p. 394.

(2) *Ibid.*, n° 921, p. 389.

(3) Loi du 5 juillet 1884. *Annuaire de législation étrangère*, 1883, p. 646.

(4) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 401.

sur de justes raisons (1). En cas d'opposition des père et mère, ou après le décès du *giftoman*, l'enfant a recours aux autorités judiciaires, lorsque l'opposition ne se justifie pas ; le *giftoman* est même passible d'une amende de 50 dalers, en sus des frais et des dommages-intérêts (ch. vi, § 4) (2).

Le veuf ne peut se marier, pendant les six mois à compter du décès de sa femme, et la veuve seulement un an après la mort de son conjoint (3) ; ni l'un, ni l'autre ne peuvent se marier avant l'opération du partage légal avec les enfants ou autres héritiers, sous peine de perdre leurs droits à un tiers des biens de la communauté (4). Après un divorce, la femme ne peut se remarier pendant tout le temps présumé qu'elle pourrait être enceinte de son précédent mari (ordonnance du 24 mars 1807) (5).

Le mariage est encore interdit aux personnes, coupables d'adultère entre elles, même après le décès du conjoint innocent (ch. ii, § 11) ; à celui qui a rendu enceinte une fille, sauf consentement des parents ou autorisation du juge (ch. ii, § 10) (6) ; aux individus condamnés aux travaux forcés ou à l'emprisonnement

(1) Weiss, *op. et loc. cit.* ; Lehr, *op. cit.*, n° 922, p. 389.

(2) Lehr, *op. et loc. cit.*

(3) *Rikeslag* de 1734, sect. du mariage, chap. xii, § 3 ; cf. Weiss, *op. et loc. cit.*

(4) Chap. xii, § 1 ; cf. Lehr, *op. cit.*, n° 935, p. 395.

(5) Lehr, *op. cit.*, n° 936, p. 395.

(6) *Ibid.*, n° 924, p. 390.

pendant toute la durée de leur peine (ordonnance du 28 août 1754) (1); aux personnes de religion luthérienne qui voulaient épouser des israélites, avant la loi du 20 janvier 1863, qui introduisit le mariage civil à titre exceptionnel (2).

Le mariage est prohibé pour *parenté* ou *alliance* : 1° entre ascendant ou descendants (C. civ. suéd., sect. *du mariage*, chap. II, § 1); — 2° entre frères et sœurs; 3° entre oncle ou grand-oncle et nièce ou petite-nièce, entre tante ou grand'tante et neveu ou petit-neveu (chap. II, § 2); — 4° entre alliés en ligne directe à l'infini (chap. II, § 4); on ne distingue pas entre parenté légitime ou naturelle, ou entre parenté ou demi-parenté (chap. II, § 9). De plus, le fils ne peut épouser la mère de la femme du père, durant la vie de ce dernier (chap. II, § 8). Les empêchements entre beaux-frères et belles-sœurs, entre cousins germains sauf dispense, entre un homme et la marâtre de sa première femme, etc. (V. C. civ. suédois, s. *du m.*, ch. II, §§ 3, 5 et 6), furent abrogés par les ordonnances des 19 mai 1845 et 29 mai 1872 (3). Les personnes de religion païenne ne peuvent aucunement contracter mariage (4).

(1) Weiss, *op. et loc. cit.*

(2) K. d'Olivecrona, *Les juifs en Suède au point de vue juridique et social*, dans la *Revue de droit international*, 1887, p. 526 et s.; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 401, note 1.

(3) Lehr, *op. cit.*, n° 923, p. 390.

(4) Regnault, *op. cit.*, p. 255.



**XXI. — Suisse.**

Depuis la loi fédérale du 24 décembre 1874 (1), le mariage dans ses grandes lignes est réglé uniformément pour toute la confédération.

Le consentement libre des époux est une condition essentielle du mariage. La contrainte, la fraude ou l'erreur dans la personne de l'un des époux vicie le consentement (L. fédér. suis., 24 décembre 1874, art. 26 et 50) (2).

Pour pouvoir contracter mariage, l'homme doit avoir 18 ans, la femme 16 ans. Avant 20 ans, le futur ne peut se marier sans le consentement de celui de ses parents qui exerce la puissance paternelle. A défaut de parents, le consentement du tuteur est nécessaire; contre le refus de ce dernier, le futur peut recourir auprès de l'autorité tutélaire supérieure (art. 27, 52 et 53). Après 20 ans, aucune autorisation n'est requise (3).

Le mariage est interdit : 1° en cas de mariage intérieur non-dissous ; — 2° pour cause de parenté ou d'alliance, entre ascendants et descendants à tous degrés, entre frères et sœurs germains, consanguins ou utérins, entre oncle et nièce, tante et neveu, que

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1875, p. 714.

(2) *Lehr, op. cit.*, nos 967 et 977, p. 410 et 414.

(3) *Weiss, op. cit.*, t. III, p. 402.

la parenté soit légitime ou naturelle, entre alliés en ligne directe, entre parents et enfants par adoption (1); — 3° à ceux qui sont atteints de démence ou d'imbécillité; — 4° aux veuves, aux femmes divorcées ou à celles dont le mariage a été annulé, pendant les 300 jours qui suivent la dissolution du précédent mariage (L. féd. suis., 24 déc. 1874, art. 28) (2).

En cas de divorce pour cause déterminée, l'époux contre lequel le divorce est prononcé, ne peut se remarier avant un an après la prononciation du divorce; ce délai peut être porté par le tribunal jusqu'à trois ans (art. 48) (3).

## XXII. — Turquie.

D'après le jurisconsulte ottoman, Ismaïl Haviki, les empêchements au mariage sont les suivants (4) :

1° *La parenté (karabet)*, en ligne directe à l'infini; en ligne collatérale entre sœurs et frères, oncles et nièces, tantes et neveux.

(1) Le projet de revision supprime l'empêchement entre oncle et nièce, tante et neveu. Regnault, *op. cit.*, p. 234.

(2) *Actes de la 3<sup>e</sup> conférence de La Haye*, 1900, p. 39; Lehr, *op. cit.*, n° 970, p. 711; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 402; Regnault, *op. cit.*, p. 234 et 243; *Annuaire de législation étrangère*, 1875, p. 724.

(3) *Annuaire de législation étrangère*, 1875, p. 727; Lehr, *op. cit.*, n° 990, p. 421; Regnault, *op. cit.*, p. 249 et 271.

(4) A. Mandelstam, *Du mariage et du divorce des Ottomans à l'étranger et des étrangers en Turquie*, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1903, p. 86 et suiv.

2° *L'alliance (mouçaharet)*. — Sont considérées comme alliées du futur : les filles et les petites-filles de la femme avec laquelle il a déjà cohabité ; la mère et les grand'mères de la femme dans tous les cas ; les femmes et les concubines des grands-pères, du père, des fils ou des petits-fils. « L'alliance peut aussi résulter de la seule cohabitation et même du fait d'avoir touché à une femme ou de la contemplation de certaines parties de son corps ; ainsi les parents de l'homme en ligne directe deviennent alliés de cette femme, tandis que ses parentes à elle deviennent ses alliées à lui. »

3° *La parenté de lait*, aux mêmes degrés que la parenté du sang.

4° Il est défendu d'épouser simultanément deux sœurs ou la tante et la nièce, etc. (*djam*).

5° *L'esclavage*. — Cet empêchement est tombé en désuétude.

6° *La religion*. — Les musulmans ne peuvent épouser des païennes, mais le mariage avec des juives ou des chrétiennes est valable.

7° *La malédiction (l'ane)*. — Si le mari accuse, à tort, sa femme d'adultère, le mariage est rompu, et les ci-devants époux ne peuvent plus se remarier.

8° *L'hermaphrodisme*.

9° *Délai de viduité*.

10° Si on épouse simultanément une femme libre et une esclave, le second mariage sera nul.

11° Un homme qui a répudié trois fois sa femme, ne peut plus l'épouser la quatrième fois, à moins qu'elle n'ait été mariée entre temps à un autre.

12° Il est défendu d'avoir plus de quatre femmes.

Il faut remarquer que si les musulmans peuvent épouser des non-musulmanes (juives et chrétiennes), les musulmanes ne peuvent pas se marier avec des non-musulmans.

Le droit musulman ne parle nulle part du consentement libre des époux.

Notons encore que les mariages entre sujets ottomans et sujets persans sont sévèrement interdits.

Les conditions intrinsèques de mariages chrétiens sont réglées par les différentes Eglises et confessions. De même pour les juifs (1).

(1) V. Salem, dans le *Journal du droit intern. privé*, 1889, p. 23 à 39, Mandelstam, dans le *Journal du droit int. privé*, 1903, p. 86 et suiv.

## CHAPITRE II

### DU CONFLIT DES LOIS RELATIVES AUX CONDITIONS INTRINSÈQUES DU MARIAGE

#### TITRE PREMIER

Quelle est la loi applicable à l'étranger?

Lorsqu'un homme se trouve dans un pays qui n'est pas sien, les lois de son pays le suivent-elles? L'application de ces lois, en dehors du territoire de sa patrie, est-elle compatible avec la souveraineté locale? Ou chaque nation, naturellement portée à envisager ses dispositions de droit interne comme les meilleures de toutes, écartera les lois de l'étranger?

Ou, réduisant la question, quelle est la loi qui devra régler les conditions de capacité au mariage de cet étranger?

Est-ce la loi du lieu où l'acte s'accomplit?

Est-ce la loi de son domicile?

Ou plutôt sa loi nationale?

Nous nous trouvons donc en présence de trois systèmes. Examinons-les successivement.

**SECTION I<sup>re</sup>. — La loi du lieu où l'acte s'accomplit.**

Le premier système semble très commode. Du moment que les parties se trouvent dans un pays, c'est la loi de ce pays qui devra être appliquée, d'autant plus que le mariage étant un contrat, toutes les conditions d'un contrat sont régies par la loi du lieu où il est conclu (1).

Les auteurs qui se rattachent à la théorie du statut réel, nous disent que chaque Etat est souverain dans la limite de son territoire, et que sur toute cette étendue, il entend appliquer sa loi et prohiber toute application de loi étrangère.

Done, nationaux et étrangers doivent se soumettre à la loi territoriale. De plus, cette loi ne pourra considérer comme valables les mariages contractés par des nationaux en dehors du territoire indigène, car elle reconnaîtrait par ce fait l'autorité de la loi étrangère. Pourtant, quoique ce résultat fût le seul logique, ces mêmes auteurs acceptent de reconnaître la validité de ces actes passés en territoire étranger, au nom de la courtoisie internationale, *comitas gentium*.

Il existe cependant une autre interprétation de

(1) Regnault, *op. cit.*, p. 47.

cette théorie (1). Ce n'est pas le territoire, dit-on, qui impose ses lois. Sans doute assez souvent les contrats sont régis par la loi du lieu où cet acte est accompli, mais l'élément essentiel, et qu'il faut surtout considérer, est l'intention des parties.

Cette règle, que l'on nomme « règle de l'autonomie de la volonté » et qui n'est qu'une atténuation de la théorie de la personnalité, permet aux parties contractantes de se référer soit à la loi du lieu, soit à celle du domicile, ou à la loi nationale ; mais lorsque les parties n'ont manifesté aucune préférence, on présume que leur volonté s'est fixée sur la loi locale (2), qui perd ainsi son caractère territorial « et prend l'aspect d'une loi personnelle » (3).

La théorie de territorialité absolue présente un avantage incontestable ; c'est de supprimer tous les conflits de lois. L'étranger qui met le pied sur le territoire français, accepte durant tout son séjour, pour sa personne comme pour ses biens, l'application de la législation française, et inversement le Français subira à l'étranger toutes les prescriptions des lois étrangères (4).

Cet avantage a son contre-coup, car, grâce à ce système, les droits sont en suspens, incertains, dé-

(1) Regnault, *op. et loc. cit.*

(2) Regnault, *op. cit.*, p. 49.

(3) *Ibid.*

(4) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 8.



pendant des hasards d'un déplacement, et de plus l'état d'une personne peut changer avec « une mobilité dangereuse » (1).

Quant à la théorie de l'autonomie de la volonté, nous devons observer que l'individu peut choisir la législation qui lui convient, lorsque les lois auxquelles il est lié n'ont pour objet que de « suppléer sa volonté, de l'interpréter, de lui tracer les limites dans lesquelles elle peut s'exercer » ; mais son choix n'est pas possible lorsque les lois s'imposent nécessairement à son observation, comme le sont celles qui gouvernent sa capacité ou ses relations de famille (2).

La doctrine de la territorialité de lois limitée par la « courtoisie internationale », nommée aussi *doctrine hollandaise* (2), s'imposa dans les pays anglosaxons après quelques hésitations et tâtonnements. Plus tard la *lex loci actus* fut supplantée par la loi du domicile, mais à regret, « car quelques décisions récentes lui paraissent encore attachées » (3).

Pendant longtemps, les juges anglais décidaient que les conditions de fond du mariage des étrangers en Angleterre devaient être jugées par la loi anglaise ; et réciproquement le mariage entre deux Anglais, ou entre un Anglais et une étrangère, serait

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 9.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 112.

(3) V. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 31-37.

valable en Angleterre s'il est valable dans le pays de célébration (1).

Ainsi deux mineurs français se marient en Angleterre sans l'autorisation de leurs parents ; ce mariage, nul aux yeux de la loi française, est valable pour la loi anglaise. De même, deux Anglais se marient en France, à un âge permis par le droit anglais, mais prohibé par le droit français ; le mariage sera nul en Angleterre (2). C'est ainsi qu'il fut jugé dans les affaires *Worter c. Worter*, *Niboyet c. Niboyet*, *Sinclair c. Sinclair*, *Scrimshire c. Scrimshire*, *Dalrymple c. Dalrymple*, *Middleton c. Janverin*, *Comway c. Beazley*, *Brook c. Brook* et dans beaucoup d'autres cas analogues (3).

Malgré le revirement produit dans la jurisprudence des Cours anglaises, et quoique les auteurs modernes

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 182 et 405 ; Wheaton et Lawrence (W.-B. Lawrence, *Commentaires sur les Eléments du droit international de Wheaton*, Leipzig, 1868-1880), t. III, p. 330. V. aussi Burge, *On foreign and colonial law*, t. I, p. 199 ; Story, *Commentaries on the conflict of laws foreign and domestic in regard to contracts, rights and remedies, and especially in regard to marriage, divorces, wills, successions and judgements*, Boston, 1834, 8<sup>e</sup> éd., 1883, § 79, cités par Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 405, note 1.

(2) Weiss, *op. et loc. cit.* ; Pic, *Du mariage en droit international et en législation comparée*, Lyon, 1885, p. 137 ; Regnault, *op. cit.*, p. 56 ; Westlake, *La doctrine anglaise en matière de droit international privé* (*Journ. du dr. int. privé*, 1884, p. 313) ; Alexander, *Le mariage en droit international privé* (*ibid.*, 1884, p. 193) ; Dicey et Stocquart, *Le Statut personnel anglais*, Paris, Londres et Bruxelles, 1887, t. II, p. 6.

(3) Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. II, *passim*.

nous disent que c'est la loi du domicile qui régit la capacité des parties (1), ces vieilles idées féodales prouvent encore leur vitalité, ainsi qu'elles le firent à l'occasion d'un événement récent : En 1901, lord Cecil, futur marquis d'Exeter (William Brownlow Cecil) et proche parent de la famille du marquis de Salisbury, voulait contracter une mésalliance. Le veto du lord chancelier (*Lord High Chancellor*), empêchement prévu en ce cas, vint mettre obstacle à la conclusion de cette union. Les jeunes gens se rendirent en Ecosse, quoique domiciliés en Angleterre, et malgré l'opposition des autorités anglaises, le mariage fut célébré conformément à la loi écossaise, et ne fut pas attaqué en Angleterre (1904) (2).

Comme la jurisprudence anglaise, la jurisprudence des Etats-Unis, se fixa d'abord sur la loi du lieu, en ce qui concerne notre matière. « En vertu d'une règle admise en droit international, dit l'arrêt de la Cour suprême de Tennessee, du 29 janvier 1889, un mariage, s'il est valable au lieu de sa célébration, doit être reconnu tel en tous lieux (3). » Voir également les affaires : *State c. Ross*, — dans laquelle le mariage d'un nègre et d'une blanche domiciliés dans le North-Carolina qui défend ces mariages, mais cé-

(1) Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. II, p. 6.

(2) *Le Temps* du 29 octobre 1901, cité par Regnault, *op. cit.*, p. 57.

(3) *Journ. du dr. int. privé*, 1889, p. 903.

lébré dans le South-Carolina qui les permet, fut déclaré valable — ; Storek c. Griffin ; Dikson c. Dikson ; Harding c. Alden ; Campdell c. Crampton ; Meedevay c. Needham — cette dernière semblable à l'affaire Stele c. Ross ; et surtout les affaires Commonwealth c. Graham, Commonwealth c. Lane, Staek c. Stack, dans lesquelles les parties, pour frauder la loi de leur domicile, étaient allées contracter mariage dans un Etat voisin (1).

D'autre part, le mariage entre Américains, nul dans le pays de célébration, ne sera pas valable aux Etats-Unis (2).

Les auteurs américains ou anglais comme Story (3), Westlake (4), Dudley Field (5), Foote (6), Lawrence (7), etc., affirment que lorsqu'il s'agit de contracter mariage en Angleterre ou aux Etats-Unis, les conditions de fond seront déterminées par la *lex loci actus*. « Tant que le droit anglais restera *ce qu'il est maintenant et ce qu'il a toujours été*, écrivait en 1858

(1) Regnault, *op. cit.*, p. 63 et 64.

(2) *Ibid.*

(3) V. *supra*, p. 131, note 1.

(4) Westlake (J.), *A Treatise on private international law with practical reference to its practice in England, and the cognate systems et jurisprudence*, London, 1858, 2<sup>e</sup> éd., 1880, cité par M. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. viii, 181 et s., etc.

(5) *Projet d'un Code international* (trad. Albéric Rollin).

(6) Foote, *A concise treatise on private international jurisprudence based on the decisions of english Courts*, London, 1878.

(7) V. *Supra*, p. 131, note 1.

M. Westlake, il faut admettre comme principe que s'il s'agit de faits juridiques qui ont leur siège en Angleterre, on doit écarter toute loi étrangère, non seulement en ce qui concerne la majorité et l'âge de la personne, mais généralement pour la détermination de l'état ou la capacité, faite par une loi ou par un jugement (1). »

Si la jurisprudence anglo-saxonne a évolué vers la loi du domicile, les républiques de l'Amérique du Sud appliquent avec rigueur la théorie de la territorialité absolue.

La constitution de la *République Argentine* n'attache aucune importance à la nationalité des parties, et c'est la loi du lieu de célébration qui aura à apprécier la validité des conditions de fond du mariage (2). « Les lois, porte l'article 1<sup>er</sup> du Code civil de 1871, sont obligatoires pour tous ceux qui habitent le territoire de la République, qu'ils soient nationaux ou étrangers, qu'ils soient domiciliés ou de passage (*domiciliados o transeuntes*) (3). » Et la loi sur le mariage civil, du 2 novembre 1888, édicte dans son art. 2 : « La validité du mariage, auquel ne s'oppose aucun des empêchements prévus par les §§ 1, 2, 3, 4, 5 et 6 de l'art. 9, sera jugée sur le territoire de la République d'après la *loi du pays de célébration*, même

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 182.

(2) Lehr, *op. cit.*, n° 175, p. 87.

(3) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 185.

si les futurs époux ont quitté leur domicile pour se soustraire aux conditions de forme édictées par la loi de ce domicile (1). »

Le *décret brésilien*, du 24 janvier 1890, dit que les mariages célébrés à l'étranger entre Brésiliens, ou entre Brésiliens et étrangers, peuvent être célébrés ou en conformité avec les prescriptions de la loi nationale, par les agents diplomatiques ou consulaires, ou selon la loi du pays de célébration. Les mariages des étrangers au Brésil doivent satisfaire aux conditions de fond de la loi brésilienne (2).

Dans les *Etats-Unis de Colombie*, la même idée de la territorialité absolue prévaut (3). L'art. 9 de la loi 145 de 1888 dispose que « les étrangers sont soumis à la constitution, aux lois, à la juridiction et à la police de la République (4) ». Ainsi que nous voyons, « la loi colombienne a tranché du même coup toute controverse relative à l'étendue de statut personnel ; il n'y a pas, au regard du législateur colombien, de distinction à faire entre les différentes catégories de lois ; c'est le principe féodal de la territorialité des lois qu'il établit (5) ».

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 186. « Domicile » doit être pris dans le sens de résidence.

(2) Lehr, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 279 et 280, p. 137 ; Regnault, *op. cit.*, p. 66-67, *Annuaire de lég. étr.*, 1890, p. 924.

(3) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 187.

(4) Champeau, *De la condition des étrangers en Colombie*, dans le *Journal du dr. int. privé*, 1894, p. 932.

(5) *Ibid.*

Les art. 120 et 121 du *Code civil chilien* décident que l'étranger tombe sous l'empire de la loi territoriale, qu'il s'agisse de conditions de capacité ou de formalités extérieures du mariage ; pourtant lorsque les Chiliens se marient à l'étranger, ils doivent obéissance, en dehors des prescriptions de la *lex loci*, aux empêchements prévus par la loi chilienne (1). C'est une sorte de cumul au profit des deux statuts : personnel et territorial (2).

Le 25 août 1888, s'est réuni, à Montevideo, un congrès sud-américain de Droit international privé, qui a siégé jusqu'au 18 février 1889, et qui, s'inspirant de la règle de la territorialité, proposa la *lex loci actus*, pour décider quant aux règles de capacité matrimoniale. Sept Etats étaient représentés : la République Argentine, le Brésil, la Bolivie, le Chili, le Paraguay, le Pérou et la République orientale de l'Uruguay. Le traité de droit international privé, conclu le 12 février 1889, décide au « titre IV, *Du mariage* » que :

« La qualité des personnes pour contracter mariage, les formalités, la remise, la validité, seront gouvernées par la *loi du lieu* où le contrat est signé.

« Les Etats contractants, cependant, ne seront pas obligés de reconnaître un mariage célébré dans l'un

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 293, p. 143 ; Fabrès, *Le droit international privé dans la législation du Chili* (*Journ. du dr. int. privé*, 1887, p. 160).

(2) Varnier, *Du mariage au point de vue du droit international privé*, Paris, 1891, p. 104.



d'eux s'il existe un des empêchements suivants :

« A. Manque d'âge de la part des parties contractantes, étant requis que l'homme doit avoir 14 ans révolus et la femme 12 ans.

« B. Alliance en ligne directe par consanguinité ou par affinité, légitimité ou illégitimité.

« C. Alliance entre frères et sœurs légitimes ou illégitimes.

« D. Meurtre par quelqu'un, soit comme auteur, soit comme complice d'un des conjoints, dans le but d'épouser le survivant.

« E. Mariage antérieur non dissous par la loi (1). »

La *lex loci actus*, par son application commode et simple, a tenté les législations des pays nouveaux comme sont les pays du Nouveau-Monde, car elle se prête aux besoins économiques et politiques de ces Etats. La *lex loci actus* « supprime les relations juridiques entre l'individu et l'Etat d'origine ou du domicile, en même temps qu'elle rend plus sensibles celles qui le rattachent au pays où il vit ; et ce faisant, répond au vœu des nations qui s'efforcent de développer l'immigration et la naturalisation des étrangers sur leur territoire (2) ».

Sans doute cet argument peut avoir certaine valeur quand on considère un point de vue spécial et

(1) Baron Guillaume, *op. cit.*, p. 285-292 ; Lehr, *op. cit.*, n° 180, p. 88-89 ; Regnault, *op. cit.*, p. 67-68.

(2) Regnault, *op. cit.*, p. 68.

restreint ; mais peut-on assimiler le mariage aux contrats ordinaires ? peut-on oublier que le mariage — une des bases de notre état [social — n'intéresse pas seulement les parties, mais aussi l'Etat dont ces parties relèvent ? et, de plus, la notion de la souveraineté territoriale n'est-elle pas l'opposé de tout principe d'équité et de droit ?

C'est bien ainsi qu'a jugé l'*Institut de droit international* lorsque, sur la proposition de Mancini, il prit en considération les conclusions générales suivantes à la session de Genève de 1874 : « Dans l'état actuel de la science du droit international, ce serait pousser jusqu'à l'exagération le principe de l'indépendance et de la souveraineté territoriale des nations, que de leur attribuer un droit rigoureux de refuser absolument aux étrangers la reconnaissance de leurs droits civils, et de méconnaître leur capacité juridique naturelle de les exercer partout. Cette capacité existe indépendamment de toute stipulation des traités et de toute condition de réciprocité. L'admission des étrangers à la jouissance de ces droits, et l'application des lois étrangères aux rapports de droit qui en dépendent, ne pourraient être la conséquence d'une simple courtoisie et bienséance (*comitas gentium*), mais la reconnaissance et le respect de ces droits de la part de tous les Etats doivent être considérés comme un devoir de justice internationale. Ce devoir ne cesse d'exister que si les droits de l'étran-

ger et l'application des lois étrangères sont incompatibles avec les institutions politiques du territoire régi par l'autre souveraineté, ou avec l'ordre public tel qu'il y est reconnu (1) ». Cette restriction à l'admission de la loi étrangère donne satisfaction à la souveraineté locale. C'est dans ce même esprit que furent poursuivis les travaux de la conférence de La Haye, et M. Renault, rapporteur de la commission, chargé d'élaborer l'avant-projet sur le mariage, avait annoncé, dès les premières séances de la session de 1893, que la commission « a pensé que l'Etat, qui, dans l'exercice de sa souveraineté, reconnaissait que cette loi étrangère devait s'appliquer sur son territoire, faisait œuvre de justice et de droit (2) ».

Ceux qui soutiennent la *lex loci* au nom de la souveraineté de l'Etat, oublient que la souveraineté n'a d'autre but que d'assurer l'indépendance de l'Etat et de garantir le libre exercice de tous les droits qui ne sont pas contraires à l'ordre public ; et il faut aussi se rappeler qu'on ne doit pas méconnaître la personnalité humaine et les intérêts de l'individu, au nom des droits sacrés et inviolables de la souveraineté des Etats.

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international*, tableau général 1873-1892, p. 32.

(2) *Actes de la conférence de La Haye*, 1<sup>re</sup> session, 1893, p. 45, annexe au procès-verbal, n° 3.

SECTION II. — La loi du domicile.

En dehors de la souveraineté d'un Etat, qui consiste à imposer des lois sur toute l'étendue de son territoire, on peut concevoir une souveraineté basée, non sur la possession du sol — reste des idées féodales — mais sur l'autorité que l'Etat exerce sur les individus domiciliés sur ce territoire. Ce n'est plus le *lieu de célébration* qui décide de la capacité matrimoniale, mais le *domicile* des parties.

L'illustre jurisconsulte de Savigny, qui a brillamment soutenu la loi du domicile, développe sa théorie dans le tome VIII de son *System des heutigen römischen Rechts*. Pour de Savigny, la souveraineté d'un Etat se limite à sa conservation et à sa défense, et les lois *prohibitives*, inspirées par un motif d'intérêt commun, obligent ceux qui habitent le territoire, nationaux ou étrangers. Mais en dehors de cet intérêt général, on peut très bien ne pas appliquer, aux personnes ou aux choses qui se trouvent dans les limites de l'Etat, des lois spéciales. La personne est assujettie, en ce qui concerne son état et sa capacité, à la loi du domicile, comme étant celle à laquelle elle s'est volontairement soumise (1).

(1) Savigny (von), *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, trad. par Guenoux, sous le titre : *Traité de droit romain*, Paris, 1851-1855, § 362.

Ce système paraît logique, car le domicile est au lieu du principal établissement d'une personne, là où « se trouve le centre de ses affaires, le siège de ses intérêts et de ses affections » ; de plus, c'est grâce au domicile que des mœurs et des habitudes se forment, que l'individualité d'une personne s'affirme. « Le seul fait d'avoir fixé son principal établissement sur la terre étrangère dénote, chez l'émigrant, la volonté de renoncer à sa législation nationale, de s'identifier avec le milieu dans lequel il est désormais appelé à vivre et à exercer ses droits... (1). » De plus, « le domicile, dit M. Chausse, présente cet avantage de concilier les deux systèmes traditionnels qui ont le défaut commun d'être trop absolus, et qui sont impuissants à satisfaire aux exigences multiples de la vie cosmopolite, quels que soient les tempéraments plus ou moins arbitraires que leurs défenseurs se voient contraints d'accepter. En face d'eux, le système basé sur le domicile est une doctrine intermédiaire, car le lien qui crée l'établissement principal est mixte, à la fois personnel et territorial ; personnel

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 66. — « La loi du domicile connoît mieux que nul autre les mœurs et conditions de la personne qui lui est soumise, et quel remède elle a besoin pour l'autorité de sa conduite en tous actes civils. C'est pourquoi elle en peut seule ordonner. » Bouvot, cité par M. Lainé, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, Paris, t. II, p. 123.

parce qu'il se rapporte à une personne dont il détermine le siège juridique, territorial parce qu'il place l'individu en relation plus ou moins durable avec un territoire. Il semble donc que la loi domiciliaire peut constituer un terrain de transaction et d'entente dans un grand nombre de cas entre des conceptions entièrement opposées l'une à l'autre (1) ».

La loi du domicile dominait en Allemagne avant le nouveau Code civil, elle a remplacé en Angleterre et aux Etats-Unis la loi du lieu, et elle est appliquée partiellement aux conditions de fond en Autriche, dans les pays scandinaves et en Suisse.

Pour les pays anglo-saxons, l'influence de l'auteur américain Wheaton fut très grande, et ses ouvrages ont déterminé la substitution de la *lex domicilii* à la *lex loci actus* dans la jurisprudence anglo-américaine (2). Le professeur A.-V. Dicey défend depuis longtemps la loi du domicile. Déjà, en 1879, dans son étude *The law of domicil*, traduit par M. Emile Stocquart en 1887, il avait affirmé l'autorité de la loi du domicile : « La capacité de chacune des parties à contracter mariage doit être appréciée d'après leur domicile respectif » et « les décisions anglaises ne faisaient pas de distinction entre la *capacité an-*

(1) Chausse, *Du rôle international du domicile*, dans le *Journ. du dr. int. pr.*, 1897, p. 5.

(2) Lainé, *Etude sur le titre préliminaire du projet de revision du Code civil belge* (*Bulletin de soc. de lég. comparée*, 1890, p. 404).

glaise, encore appliquée il y a quelques années, et la *forme*, et soumettaient l'une et l'autre au principe de la *lex loci contractus*... » Mais plus tard la jurisprudence a rattaché la capacité à la loi du domicile matrimonial (1). Un *barrister at law*, Alexander écrivait en 1881 (2) : « La division des probates de la Haute-Cour d'Angleterre (*Probate, Divorce and Admiralty Division of the High Court of Justice*) devant laquelle sont portées les causes matrimoniales, a rendu de très importantes décisions ces dernières années... la loi des conditions du mariage est déterminée non point par la nationalité, mais bien par le domicile (matrimonial). »

Le changement dans la jurisprudence est signalé encore par M. Westlake, partisan de la *lex loci* ; dès 1881, il annonce qu'il n'y a pas « de jurisprudence constante à l'égard de la capacité... du mariage. Les arrêts anciens adoptent la *lex loci actus aut contractus*, mais récemment des juges d'une très grande autorité se sont prononcés pour le statut personnel (3) ».

La jurisprudence, nous l'avons dit, est formelle à adopter la loi du domicile comme statut personnel des parties ; seulement, au lieu d'adopter le principe au nom de la justice, ils l'ont affirmé après beaucoup

(1) Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. II, p. 4 et 6.

(2) *Journ. du dr. int. pr.*, 1881, p. 183.

(3) *Ibid.*, 1881, p. 312.



d'hésitations, au nom de la « courtoisie internationale ». De plus, les juges anglais ont rangé certaines conditions de fond, parmi les conditions de forme pour pouvoir appliquer la *lex loci*. Pour M. Lainé, la différence entre la doctrine de la loi du domicile telle qu'elle existait en Allemagne, et celle admise depuis une trentaine d'années en Angleterre, est grande. « Non seulement — écrit M. Lainé — l'application de la loi du domicile n'est encore qu'à l'état de tendance, la prédominance de la loi territoriale n'ayant pas cessé de former le fond de la conception anglo-américaine relative au droit international privé, mais elle n'a lieu qu'en vertu de la courtoisie internationale, tandis que, dans la doctrine allemande, elle s'impose, dans la mesure où elle est admise, au nom du droit. Et la différence est profonde : en Allemagne, il est permis aux intéressés de compter sur une règle fixe ; en Angleterre, ce qui est accordé aujourd'hui peut être retiré demain, puisque ce n'est pas dû (1). »

La nouvelle doctrine des cours anglaises peut se résumer en deux principes :

1° Si le domicile des parties contractantes se trouve être fixé en Angleterre, les conditions de fond seront jugées d'après la loi anglaise ;

2° Si le mariage est contracté à l'étranger, soit

(1) Lainé, *Etude sur le titre préliminaire du projet de revision du Code civ. belge*, p. 49.

entre Anglais, soit entre étrangers, soit entre Anglais et étrangers, il sera valable ou nul, suivant qu'il est ou non conforme à la loi anglaise, lorsque les parties sont domiciliées en Angleterre (1).

Nous pouvons donner comme exemple, pour le premier principe, la très connue affaire *Sottomayor c. de Barros*. « C'est une idée de droit formellement admise — décida le juge Cotton — que la question de capacité personnelle requise pour figurer à un contrat doit être résolue d'après la loi du domicile. On a beau alléguer que cette loi ne s'applique pas au contrat, qu'un mariage valable d'après la loi du pays où il a été célébré est valable partout. La législation du pays où le mariage est célébré n'a d'application qu'aux questions relatives aux règles de forme du mariage. Mais dans le contrat de mariage, comme dans les autres contrats, la capacité personnelle dépend de la loi du domicile (2). » Dans cette affaire deux Portugais cousins germains, frappés d'une incapacité matrimoniale par la loi portugaise, à cause de leur parenté, se sont mariés en Angleterre. En appel, le juge Cotton déclara leur mariage valable selon la loi du pays où ils étaient domiciliés. Pourtant l'espèce était délicate, car si l'un des cousins était domicilié en Angleterre, l'autre l'était au

(1) Regnault, *op. cit.*, p. 79 et 81.

(2) *Journ. du dr. int. pr.*, 1881, p. 195.

Portugal. « Toutes les personnes — affirme le juge Cotton à ce sujet — sont légalement astreintes à observer la loi du pays où elles sont domiciliées. Mais aucun pays n'est astreint à reconnaître les lois d'un état étranger, lorsqu'elles créent une situation injuste aux sujets de l'autre (1). » M. Dicey considère timidement que cette décision, « en dépit de son caractère illogique doit être présumée bonne » (2).

Pour le second principe nous avons le procès de bigamie intenté au comte Russell, lequel, après avoir obtenu la dissolution de son premier mariage dans l'Etat de Nevada, s'était remarié à une Américaine. A son retour en Angleterre, accusé de bigamie, il se défendit, alléguant avoir contracté le second mariage conformément à la loi du *domicile établi*, lequel, pensait-il, était en Amérique. La Chambre des lords jugea, le 19 juillet 1901, que le domicile de lord Russell était en Angleterre et que le coupable était coupable de bigamie (3). Il nous paraît voir dans ce jugement une distinction entre le domicile *actuel* et le domicile d'*origine*, qui dans bien des cas est conforme à la nationalité (4).

En Allemagne, le domicile par lequel on détermi-

(1) *Journal du dr. int. pr.*, 1881, p. 195.

(2) Dicey, *A digest of the law of England*, p. 647.

(3) *Journ. du dr. int. pr.*, 1900, p. 910 et 610.

(4) Pourtant, c'est bien le domicile *actuel* ou *réel*, qu'a adopté la majorité de la jurisprudence anglaise. Cf. Pic, *op. cit.*, p. 139 ; Varnier, *op. cit.*, p. 111.

nait la loi matrimoniale n'était pas le domicile d'origine (*Heimathrecht*), mais le domicile d'habitation (*Wohnsitz, Bleibende Domicil*) (1). Si c'est ce dernier qui a été pris comme type en vue de déterminer la capacité des parties, c'est parce qu'il est assez difficile de remonter au domicile d'origine dans un pays où nous trouvons une infinité de législations locales. « C'est à peine, dit Mommsen, si vous pourriez trouver deux statuts qui se ressemblent, les législations ont toujours reculé devant l'unification. Prenez le duché de Schleswig-Holstein : vous avez d'abord à distinguer entre le Schleswig et le Holstein ; pour le premier, l'*allgemeines Recht* est le droit du Jutland, mais le deuxième a une législation locale propre qui constitue son droit commun. Encore l'application de ce droit commun dans chacune des deux parties du duché n'a-t-elle lieu que pour les subdivisions rurales, on doit excepter celles qui sont constituées en cantons distincts comme ceux de Dethmascher, de Liderstaedt. Ces villes jouissent de législations à elles. Mais les législations mêmes se morcellent dans l'intérieur d'une seule ville ; par exemple, les anciens quartiers ne sont point régis comme les nouveaux ; les terrains incorporés à la ville ont conservé leur législation primitive. Parmi tant de statuts divers, il n'y a qu'un très petit

(1) Varnier, *op. cit.*, p. 110 ; Pic, *op. cit.*, p. 131.

nombre qui s'accordent sur les principes du droit international. Dès lors, dans le chaos de législations contradictoires, la notion de la loi nationale à appliquer ne peut pas même se concevoir.

Il est tout aussi difficile de s'attacher au domicile d'origine, car dans ce domicile même, on trouverait souvent plusieurs législations simultanées, et en outre, dans un grand nombre d'entre elles, le droit local n'a reçu aucune forme précise. On conçoit donc que pour le conflit des lois dans l'intérieur d'un même Etat, on ait été obligé de s'attacher à la loi du domicile d'habitation (*Wohnsitz*); et c'est ce même principe qu'on étendit aux conflits entre Etats (1) ».

Le *Landrecht* prussien dispose dans son § 23 : « La qualité et la capacité personnelles d'un individu sont jugées d'après les lois de la juridiction dans le ressort de laquelle il a son *domicile* réel. » (2) Le Code badois, qui a fait de nombreux emprunts au Code français, a adopté la rédaction première de l'article 3 (C. civ. fr.), qui imposait aux étrangers le statut territorial (3). Mais cette disposition fait simplement exception à la règle générale : c'est la loi du domicile qui a joué un rôle prépondérant dans le droit commun allemand (*gemeines deutsches Recht*) et c'est

(1) Mommsen, *Archiv. für die civilische Praxis*, t. LXI, p. 153-155; passage traduit par M. Varnier, *op. cit.*, p. 111-112.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 211.

(3) Pic, *op. cit.*, p. 132.

elle qui a déterminé les conflits de lois, avant la mise en vigueur du Code civil allemand de 1900. Pourtant, nous observons, même avant la mise en vigueur du Code fédéral, se dessiner un mouvement en faveur de la loi nationale (*Heimathrecht*), laquelle trouve son application dans la loi du 13 mars 1854, sur le mariage des étrangers en Prusse, et dans celle du 3 avril 1854, sur le mariage et l'état civil des sujets prussiens appartenant à la communion évangélique dans les pays hors d'Europe (1).

Les principes de la loi du domicile trouvent-ils place dans la législation autrichienne? La question est controversée et en tout cas l'application de ce principe est restreinte aux mariages contractés par les étrangers en Autriche (2). Le § 4 du Code civil autrichien porte : « Les lois civiles régissent tous les citoyens appartenant aux pays pour lesquels ces lois ont été promulguées. Les citoyens demeurent ainsi soumis aux lois civiles pour les affaires et les actes conclus hors du territoire de l'Etat, en tant que la capacité d'y concourir est restreinte (*eingeschränkt*) par ces lois, et en tant que ces actes et ces affaires sont destinés à produire des effets légaux dans le territoire de ces pays... » Et le § 34, auquel le § 4 nous renvoie, dispose que : « La capacité personnelle

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 213-214.

(2) Regnault, *op. cit.*, p. 88.

des étrangers relativement aux actes de la vie civile doit en général être jugée d'après les lois qui sont en vigueur au lieu du domicile de l'étranger, ou, à défaut d'un domicile réel, d'après les lois auxquelles l'étranger est soumis comme sujet, à moins que les lois n'en aient décidé autrement pour des cas particuliers (1). »

Plusieurs auteurs autrichiens (2) estiment, malgré le texte formel du § 34, que c'est la loi nationale qui régit les Autrichiens à l'étranger, et les étrangers résidant en Autriche. D'autres (3), se tenant à la lettre du § 34, distinguent entre l'Autrichien domicilié à l'étranger, « qui ne cesse pas d'être gouverné par la loi nationale » (v. § 4) et l'étranger en Autriche, « dont l'état et la capacité sont régis par la loi de son domicile » (v. § 34) (4). Notons que plu-

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 224-222.

(2) Zeiller, *Commentar über das allg. bürgerl. Gesetzbuch*, I, p. 45 ; Winiwarter, *Das oesterr. bürgerl. Recht*, 2<sup>e</sup> éd., I, p. 157 ; Stubenrauch, *Das allg. bürgerl. Gesetzbuch*, I, p. 170 ; Vesque von Püttlingen, *Handbuch des in Oesterreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechts*, 2<sup>e</sup> éd., p. 57 ; Jettel, *Handbuch des internationalen Privat und Strafrechts*, p. 23, tous cités par M. Weiss, *op. et loc. cit.*

(3) Unger, *System des oesterreichischen Privatrechts*, t. I, p. 163-165 ; von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, trad. en français par Guenoux, sous le titre : *Traité de dr. romain*, Paris, 1851-1855, § 363 ; v. également l'article de M. Størck, *De la condition des étrangers en Autriche*, dans le *Journ. de dr. int. pr.*, 1880, p. 329 et s., qui relate cette controverse, et Pic, *op. cit.*, p. 133.

(4) Weiss, *op. cit.*, p. 223 et note 1.



sieurs arrêts de Cours autrichiennes annulent des mariages contractés par des Autrichiens, comme contraires au principe du § 4 (1).

La conclusion de tout ceci est que la loi autrichienne, tout en appliquant ses dispositions concernant la capacité aux Autrichiens à l'étranger, s'adresse à la loi du domicile pour tracer les conditions du mariage des étrangers en Autriche (2).

En ce qui concerne les pays scandinaves, on croit en général que c'est à la loi du domicile que sont soumis les conflits de lois pour la formation du mariage, mais la règle n'est pas certaine, car certains auteurs emploient indifféremment les expressions : *loi du domicile* et *loi du lieu de célébration* (3). D'après M. le baron Guillaume, les mariages des Suédois, contractés à l'étranger, sont valables conformément à la *lex loci*, pourvu que les prescriptions du Code suédois de 1734, concernant les mariages incestueux ou contraires aux bonnes mœurs, soient respectés. La même restriction est imposée aux étrangers en ce qui concerne leurs mariages célébrés en Suède. Enfin les mariages entre Suédois et étrangers célébrés en Suède, sont soumis aux lois suédoises (4).

(1) Vienne, 14 janvier 1896 (*Journ. du dr. int. pr.*, 1897, p. 1067) ; C. supr., 26 avril 1892 (*ibid.*, 1894, p. 1074) ; — 26 janvier 1897 (*ibid.*, 1898, p. 179) ; — 22 avril 1897 (*ibid.*, 1898, p. 942).

(2) Regnault, *op. cit.*, p. 89.

(3) *Ibid.*, p. 90.

(4) Baron Guillaume, *op. cit.*, p. 486.

Est-ce dire qu'excepté les restrictions ci-nommées, les étrangers contractent mariage en Suède suivant leur loi nationale ? Pourtant, M. Lehr dit qu'on applique « en principe, quant à la forme et quant aux *conditions de la célébration*, la loi du lieu où l'union doit être conclue (1) », et M. d'Olivecrona, tout en distinguant entre les conditions de forme et celles de fond, et tout en reconnaissant que la loi du domicile est plus communément suivie, affirme que c'est la loi du lieu qui doit déterminer les conditions de fond (2).

Malgré ces affirmations, lorsque le rapporteur de la première commission exposa à la conférence de La Haye en 1900, le système des trois Etats scandinaves de Suède, de Norvège et de Danemark, en ce qui concerne les conflits de lois, et lorsqu'il affirma que c'est à la loi du domicile que les conditions de fond du mariage restent soumises, aucun des délégués de ces trois pays n'opposa une objection. Bien plus, à l'avant-projet communiqué avec l'invitation hollandaise, le département de justice de Norvège répondait : « Il paraît bien douteux si, pour la Norvège, serait utile et désirable l'adoption du principe d'après lequel la nationalité, et non pas comme jusqu'à présent le domicile, aura à déterminer quelle

(1) *Eléments de droit civil scandinave*, p. 19.

(2) *Le mariage des étrangers en Suède et des Suédois à l'étranger* (*Journ. du dr. int. pr.*, 1883, p. 360).

loi doit régir les relations juridiques en matière de droit des personnes (1). » Et la note du Danemark était identique (2).

Il ne faut pas oublier que toute cette discussion, sur l'application ou non de la loi du domicile, est restreinte à l'égard des étrangers en Suède, Norvège ou Danemark, car les Suédois, Norvégiens ou Danois restent soumis à l'étranger à leur loi nationale (3). « Il n'est pas douteux, dit M. Lehr, que si un Suédois voulait se marier à l'étranger, ce mariage ne serait reconnu dans son pays d'origine qu'autant qu'il satisferait aux conditions de validité passées par la loi suédoise (4). » Quant aux mariages des Norvégiens, ils sont valables s'ils sont célébrés à l'étranger *suivant la forme du lieu* (5); en ce qui

(1) Malgré cette affirmation catégorique, le même département répondait comme il suit à l'invitation pour la troisième conférence : « Nous désirerions surtout conserver à la loi du lieu de la célébration le droit d'imposer aux habitants du pays, même s'ils sont étrangers, l'obligation de remplir les conditions du mariage qui ont pour but de protéger les droits des tiers... » (*Documents de la conf. de La Haye*, 1900, p. 179). M. Regnault, *op. cit.*, p. 91), croit voir que dans ces lignes « le désir de conserver à la loi du lieu de célébration un rôle exceptionnel implique qu'elle possédait auparavant une compétence bien plus étendue ». Pourtant, « étrangers habitants du pays » peut être pris dans le sens de « étrangers domiciliés ».

(2) *Documents de la conférence de La Haye*, 1900, p. 137.

(3) Regnault, *op. cit.*, p. 92.

(4) *Éléments de droit civil scandinave*, p. 18 et 19.

(5) Baron Guillaume, *op. cit.*, p. 489.

concerne les conditions de fond, c'est bien la loi norvégienne qui doit être appliquée. D'autre part, l'ordonnance danoise du 30 mars 1827, § 2, incite les Danois qui se marient à l'étranger d'observer leur loi nationale et les prévient que « les peines édictées par les lois pénales seront appliquées si, hors du royaume, un sujet du Roi conclut un mariage dans les degrés de parenté ou d'alliance défendus, ou se rend coupable de bigamie; sera aussi puni quiconque essayera de se soustraire autrement aux prescriptions ou aux défenses des lois danoises, relatives à ce qui doit être observé avant qu'on puisse se marier. En outre, selon les circonstances de l'affaire, le Roi se réserve d'annuler par sa résolution un tel mariage, s'il n'est pas nul d'après le droit commun (1). »

S'il en est ainsi, on pourrait rapprocher du droit scandinave le § 34 du Code civil autrichien.

Dans le droit suisse, nous retrouvons les trois systèmes : loi du lieu, loi du domicile et loi nationale. Pour le mariage des étrangers en Suisse, il paraît que l'intervention des deux lois, nationale et du domicile, est nécessaire. Quelques auteurs affirment que c'est à la loi suisse — loi du domicile — qu'il faut s'adresser, et seulement subsidiairement à la loi nationale des parties (2). D'autres soutiennent que

(1) Baron Guillaume, *op. cit.*, p. 393.

(2) Regnault, *op. cit.*, p. 93 ; v. Roguin, *Conflits des lois suisses*, n° 34 et s.

c'est la loi nationale qui doit régler les conditions de capacité matrimoniale des étrangers en Suisse, et la loi suisse doit « se borner à la contrôler et en restreindre la portée (1) ».

D'après M. Weiss (2), « les étrangers qui se marient en Suisse doivent obéir aux prescriptions de leur loi nationale » ; et la loi du 22 juin 1881, dans son art. 10 *infra*, dit : « La capacité civile des étrangers est régie par le droit du pays auquel ils appartiennent (3). » Pourtant l'art. 46 de la loi fédérale du 24 décembre 1874 porte :

« Les personnes établies en Suisse sont soumises, dans la règle, à la jurisprudence et à la législation du lieu de leur domicile en ce qui concerne les rapports du droit civil (4). »

Il faut conclure que les prohibitions des deux lois sont applicables, car si l'art. 46 de la loi fédérale du 24 décembre 1874 impose la loi suisse, l'art. 37 de la même loi, demandant la reconnaissance de la validité du mariage par le gouvernement de l'étranger, nécessite également l'application des conditions de capacité de sa loi nationale. « Si l'époux — dit cet art. 37 — est étranger, le mariage ne peut être célébré que sur la présentation d'une déclaration de

(1) V. Varnier, *op. cit.*, p. 103 ; Pic, *op. cit.*, p. 130.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 237.

(3) *Ibid.*, p. 231.

(4) Baron Guillaume, *op. cit.*, p. 495.

l'autorité compétente, constatant que le mariage ne peut être célébré que sur la présentation d'une déclaration de l'autorité compétente, constatant que le mariage sera reconnu par elle avec toutes les suites légales. Est réservé toutefois le droit de dispense des gouvernements cantonaux, prévu à l'art. 21, alinéa dernier (1). »

Pour le mariage des Suisses à l'étranger, la loi suisse applique telle loi qui lui paraît assurer la validité du mariage. L'art. 25 de la loi du 24 décembre 1874, identique à l'art. 54, al. 3, de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, décide : « Sera reconnu valable dans toute la confédération le mariage conclu dans le canton ou à l'étranger, conformément à la législation qui y est en vigueur » ; de même que l'art.

(1) « Le gouvernement cantonal — dit ce dernier alinéa de l'art. 31 — est autorisé à dispenser de cette formalité et à admettre, à défaut de cette déclaration exigée, telle autre justification suffisante. » Guillaume, *op. cit.*, p. 494. — Il faut dire que, prise à la lettre, cette loi serait inapplicable. « Jamais, — dit M. Pic, — une autorité administrative ne consentirait à délivrer un certificat libellé en ces termes, les questions de nullité de mariage étant de la compétence exclusive des autorités judiciaires. » A la suite de négociations diplomatiques, les gouvernements français et belge ont autorisé leurs légations à attester « que, d'après les pièces produites, le mariage projeté n'est pas contraire à aucun article du Code civil, et que moyennant certaines formalités prescrites par le certificat, la femme et les enfants du futur époux seront considérés comme partageant sa nationalité ». Il faut dire que le droit des tribunaux français ou belges est formellement réservé et que l'Autriche, l'Espagne et la Grande-Bretagne ont adhéré à cette rédaction (Pic, *op. cit.*, p. 130-131).

54 de la loi du 24 décembre 1874 : « Un mariage contracté à l'étranger sous l'empire de la législation en vigueur ne peut être déclaré nul que lorsque la nullité résulte en même temps de la législation étrangère et des dispositions de la présente loi (1). »

Ces articles sont trop formels, pour qu'aucune hésitation soit possible ; du reste, dans le compte-rendu, de sa gestion de 1893, le Conseil fédéral concluait à la validité d'un mariage conclu en Angleterre par un Suisse avec une femme divorcée avant le délai de trois cents jours, la législation anglaise ignorant cet empêchement (2). Pourtant, suivant l'opinion du Conseil des Etats, émise dans le rapport sur la gestion du Conseil fédéral, les articles précités n'auraient en vue que les conditions de forme, tandis que les conditions de fond suivent la loi nationale des parties (3).

Si, pour résumer, on devrait dire avec M. Forrer que, suivant la législation suisse, « le principe du domicile répond à la notion de souveraineté de l'Etat (4) », nous pouvons affirmer que dans la pratique la loi du domicile est confondue avec la loi du lieu. « Cette large application du principe moderne

(1) *Ann. de lég. étr.*, 1893, p. 729.

(2) *Journ. du dr. int. pr.*, 1894, p. 627.

(3) *Ibid.*, 1897, p. 921 ; Regnault, *op. cit.*, pp. 95-96.

(4) Lainé, *Etude concernant la loi fédérale suisse du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour* (*Bulletin de la Soc. de légis. comp.*, 1894, p. 220)



de la territorialité, disait M. Jollisaint commentant l'affirmation de M. Forrer, en opposition au principe de nationalité, que vous a légué le droit féodal du Moyen Age... est une conséquence nécessaire de la transformation sociale, qui, heureusement, s'est opérée » (1).

Les partisans de la loi du domicile mettent en avant les avantages qui résultent de l'application de ce système. Pour les Etats qui possèdent des législations locales comme les Etats-Unis d'Amérique et la Confédération suisse, « l'importance des liens qui rattachent l'individu au groupement local diminue, celle du groupement général se développe (2) ». Cet avantage ressort du passage de Mommsen que nous avons cité plus haut (v. p. 147). De plus, le domicile ne s'acquérant qu'après un certain séjour, pendant lequel l'étranger s'est assimilé les mœurs et l'habitude de vivre des indigènes, il est tout naturel de le soumettre aux lois et coutumes de ce pays, où il a son domicile et qui est le centre de son activité.

Tous ces raisonnements sont très beaux, mais de quel domicile parlons-nous ? Est-ce le *domicile ordinaire* ? Non, c'est le *domicile matrimonial*, lequel se rapproche comme notion de la *simple résidence* ; et encore ces trois notions sont confondues assez

(1) Cité par M. Lainé, dans le *Bull. soc. lég. comp.*, 1894, p. 220.

(2) Regnault, *op. cit.*, p. 104.

souvent. On met en avant l'argument de l'immigrant s'assimilant les mœurs du pays et l'idée du domicile, centre des affaires, des intérêts. Mais est-ce suffisant? Le domicile peut-il nous rendre compte de l'état moral et intellectuel d'une personne?... « Comment croire que le séjour, peut-être éphémère, qu'elle fait en pays étranger, ait à tel point modifié son tempérament et ses qualités natives, qu'il devient nécessaire de lui appliquer une loi nouvelle (1)? » Il est

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 68. — « Il en serait autrement si le domicile impliquait un établissement prolongé pendant un certain temps, surtout s'il impliquait un établissement ayant son point de départ dans la période d'enfance ou d'adolescence de l'individu, à l'époque où le caractère et l'intelligence sont en voie de formation. On pourrait alors admettre que le milieu dans lequel l'individu est transporté, l'atmosphère politique et sociale ambiante, la contagion des mœurs plus ou moins apurées, des idées plus ou moins affinées, une organisation plus parfaite ou plus primitive de l'enseignement modifient les effets de ses dispositions natives originaires. La vérité est que le domicile n'implique rien de pareil. C'est tout simplement le lieu du principal établissement, lors même que cet établissement serait fort récent. Mais s'il n'y a aucun lien logique entre l'idée que l'on peut se faire du développement intellectuel et moral d'un individu et son domicile, il en est tout autrement de la nationalité. La plupart des nations sont composées, sinon exclusivement, du moins en grande partie, d'individus appartenant à la même race, et cet élément exerce sans contredit son action sur le caractère, l'intelligence, les mœurs. Le développement est plus ou moins hâtif, suivant la race. De plus, là même où l'on rencontre des races différentes, il y a presque toujours une race qui prédomine; et ou bien il se produit une fusion progressive des races, une assimilation croissante de la race inférieure à la race supérieure, ou bien l'on se trouve en présence d'une

illogique qu'une personne incapable de contracter mariage, étant domiciliée dans un pays, devient capable en transportant son domicile ailleurs, car la nature humaine ne change pas avec les lieux, et il est contraire à l'autorité de la loi, comme à la raison, de faire dépendre la capacité des personnes du caprice de leurs changements de domicile.

Il y a cependant certaines hypothèses particulières, où il sera possible de recourir à la loi du domicile, lorsqu'il y a impossibilité d'appliquer la loi nationale des parties.

Si nous prenons le cas de la personne qui n'a point de nationalité ou dont la nationalité est incertaine, qui a rompu les liens qui la rattachaient à sa patrie d'origine, et a négligé de remplir les formalités requises pour pouvoir se rattacher à une nouvelle patrie, nous n'hésitons pas à dire que la loi nationale

situation anormale, exceptionnelle, et souvent temporaire. De notre temps surtout, le développement de l'esprit de nationalité comprimé, pendant une série de siècles, par la force, a conduit à un groupement plus exact des nations sur la base de la race. Dans tous les cas, le fait d'appartenir à la même nation implique en général, une vie commune, sous les mêmes lois, sous le même climat, sur le même sol, des mœurs uniformes, des habitudes uniformes, la même organisation sociale et politique, et presque toujours la formation de l'intelligence et du corps, pendant la première période de la vie, sous l'action concurrente de tous ces éléments. » Albéric Rolin, *Principes du droit international privé et applications aux diverses matières du Code civil*, Paris, 1897, t. I, p. 253.

est inapplicable, et que c'est par la loi du domicile qu'on devra la remplacer (1). « Le domicile est primé par la patrie, mais lorsque la patrie s'efface, il doit y suppléer, puisqu'il est le centre de la vie juridique (2). »

La loi hongroise XXXI sur le mariage de 1894, dispose dans son paragraphe 119 : « En ce qui concerne le mariage des étrangers dont la nationalité est incertaine, dans tous les cas où, d'après la présente loi, il y aurait lieu d'appliquer la loi nationale, la loi du domicile sera appliquée. » De même l'art. 8 du Code civil japonais : « Dans tous les cas où la loi nationale est applicable, celui qui n'a point de nationalité... est soumis à la loi de son domicile, et, si le domicile est inconnu, à la loi de sa résidence (3). » La Cour de cassation roumaine pose le même principe dans un arrêt du 16 novembre 1894 : « L'individu sans nationalité est régi par la loi du domicile (4). » Cependant dans la même hypothèse la loi congolaise du 20 février 1891, et le projet de la Commission du Code civil belge ont adopté les principes de la sou-

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 72 ; Albéric Rolin, *op. cit.*, t. I, p. 256.

(2) Lainé, *Etude sur le titre préliminaire du projet de revision du Code civil belge*, p. 57.

(3) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 73 en note.

(4) v. Flaischlen, dans la *Revue de droit international*, 1899, pp. 160-161.

veraineté territoriale : « Celui qui ne justifie d'aucune nationalité déterminée a pour statut la loi congolaise (ou la loi belge). » Quant au Code civil allemand, il adopte dans son art. 29 une solution assez compliquée : « Lorsqu'une personne n'appartient à aucun Etat, ses rapports juridiques, en tant que la loi nationale est déclarée applicable, se jugent d'après les lois de l'Etat auquel cette personne a appartenu en dernier lieu, et si, même auparavant, elle n'a appartenu à aucun Etat, d'après les lois de l'Etat dans lequel elle a, ou a eu, à l'époque à considérer, son domicile, et, faute de domicile, sa résidence (1). »

L'Institut de droit international a adopté à la session d'Oxford, en 1880, une solution semblable au § 119 de la loi hongroise sur le mariage : « Lorsqu'une personne n'a pas de nationalité connue, son état et sa capacité sont régis par la loi de son domicile (2). »

### SECTION III. — La loi nationale.

Nous avons vu que le nombre des Etats qui appliquent aux conflits des lois le principe de la territorialité ou celui du domicile, devient de moins en

(1) Weiss, *op. et loc. cit.*

(2) *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1881, p. 56. Pour d'autres hypothèses voir ci-dessous, p. 186 et suiv.

moins nombreux. En Europe surtout, la capacité des parties qui contractent mariage est fixée par leur loi nationale, car la capacité « fait en quelque sorte partie intégrante de la personnalité juridique » et « toute loi sur la capacité des individus est le résultat de l'expérience, de la connaissance acquise, des conditions particulières du développement d'un peuple » (1). « Les qualités distinctives et immanentes, dit Montesquieu, sont la conséquence de la race, des usages, des traditions, du lieu d'origine et de tout l'ensemble des éléments qui constituent le caractère et le génie civil de chaque peuple et de chaque nation... Il est, par conséquent, plus raisonnable de dire que les qualités fondamentales juridiques de la personne sont réglées partout par les lois de sa patrie (2). » La loi de la patrie, c'est la loi nationale, la seule qui peut raisonnablement donner satisfaction à l'esprit des lois, qui « doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre » (3). Mais est-il vrai que les lois sont toujours faites d'après les besoins des nations ? Et ne remarquons-nous pas que les événements politiques jouent un plus grand rôle que ces derniers et que bien des législations s'expli-

(1) Pic, *op. cit.*, p. 57.

(2) Montesquieu, *L'Esprit des lois*, livre I, chap. III.

(3) *Ibid.*

quent par des circonstances purement accidentelles. S'il est vrai que les lois sont adaptées aux conditions morales et physiques des peuples, aux conditions physiques ou climatériques des pays, comment expliquer que des pays de races différentes et habitant des contrées de climat différent, telles que l'Angleterre, l'Ecosse, l'Espagne, l'Autriche, le Portugal ou le Mexique, aient le même âge matrimonial de 14 ans pour les hommes et de 12 ans pour les femmes? Pourquoi l'Italie, pays méridional, a une limite d'âge matrimonial plus élevée que l'Angleterre, pays froid? Les pays que régit le Code Napoléon, tels la France, le Luxembourg, la Belgique, la Roumanie, le Haïti, la Pologne et les îles Ioniennes, sont-ils arrivés au même développement moral et possèdent-ils des qualités de race ou une atmosphère politique et sociale identiques? Pourquoi, dans certains pays, la limite d'âge ou les divers empêchements varient, non d'après la race ou le climat, mais suivant les religions ou les localités? Si nous prenons comme exemple l'Allemagne d'avant la loi du 11 décembre 1872, nous voyons que « dans l'*Allgemeine Landrecht*, l'âge compétent pour le mariage était de 18 ans pour les hommes et de 14 ans pour les femmes; dans la circonscription du tribunal d'appel de Cologne, de quinze ans pour les femmes, suivant l'article 144 du Code civil qui est en vigueur. Dans les pays du droit



commun (*des gemeinen Rechts*), où l'on suit les principes du droit canonique et du droit romain, des usages ou des dispositions formelles de lois avaient établi les plus grandes diversités, en dérogeant à la règle de ce droit, qui fixe l'âge compétent pour les femmes à douze ans et pour les hommes à quatorze ans. Ainsi dans la province du Schleswig-Holstein, une distinction était faite entre personnes, selon la religion à laquelle elles appartenaient. Pour les personnes appartenant aux confessions chrétiennes, le mariage n'était possible qu'après leur confirmation, qui ne pouvait avoir lieu qu'à seize ans et quinze ans. Les israélites ne pouvaient se marier qu'après avoir passé un examen religieux qui a lieu, en règle générale, à quinze ans et à quatorze ans. Dans la principauté de Lunebourg, l'âge était de douze et de seize ans accomplis. Dans l'électorat de Hesse, une ordonnance du 6 février 1822 avait fixé l'âge compétent pour le mariage à vingt-deux ans pour les hommes et à dix-huit ans pour les femmes. Dans le grand-duché de Hesse, d'après une loi du 19 mai 1852, cet âge était de vingt-cinq ans pour les hommes, bien que la majorité fût fixée à 21 ans. Dans l'ancienne ville libre de Francfort, les hommes pouvaient se marier à partir de 21 ans, âge de la majorité, parce que cet âge était requis pour être admis comme membre d'une commune, et que cette qualité était nécessaire pour se marier. Dans la partie

située à l'est du Rhin, de la circonscription de Coblentz, il n'y avait pas moins de huit lois différentes sur la matière. Enfin, dans le pays de Hohenzollern, les hommes ne pouvaient contracter mariage qu'à l'âge de la majorité qui était fixée à 24 ans accomplis dans la principauté de Sigmaringen, et à 25 ans dans celle de Hechingen (1). »

Malgré ces inconvénients, il nous semble que la loi nationale est préférable, car elle donne, à l'état et à la capacité, un caractère de stabilité et de sécurité nécessaires à la personne elle-même, de même qu'aux tiers qui peuvent contracter avec elle. La loi du domicile, de même que la loi du lien, donnent aux rapports du droit je ne sais quoi d'incertain, de variable, de temporaire. Ainsi que nous l'avons dit plus haut, l'état et la capacité d'une personne ne peuvent varier suivant les hasards ou les calculs des mutations de domicile. De plus, nous ne pouvons pas oublier que les lois du mariage, imposées par l'Etat, ne peuvent avoir pour objet que les familles indigènes qui constituent cet Etat, et non point des familles étrangères qui constituent des « cellules primordiales (2) », d'autres sociétés soumises à d'autres lois (3).

(1) Lyon-Caen, dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1872, p. 273.

(2) Olivi, *Du mariage en droit international privé*, dans la *Revue de droit international*, 1883, p. 231.

(3) Regnault, *op. cit.*, p. 141.

Le *droit français* consacre le principe de la loi nationale, quoique le texte qui le pose ne soit pas très net : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes, porte l'art. 3, alinéa 3 du Code civil, régissent les Français, même résidant en pays étranger. »

De ce texte, les commentateurs ont tiré les conclusions les plus opposées ; et c'est le mot *résidant* qui leur a servi de cheval de bataille. Les Français qui *résident* à l'étranger restent soumis à leur loi nationale, tandis que les Français *domiciliés* à l'étranger sont régis, quant à leur état et capacité, par la *lex domicilii* (1). Sans nous arrêter plus longuement pour l'instant sur cette discussion, nous nous contenterons de dire que, en présence des travaux préparatoires du Code civil, et surtout du texte formel de l'art. 170 : « Le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étrangers sera valable, si... le Français n'a point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent » (chapitre intitulé : *Des qualités requises pour pouvoir contracter mariage*) , il nous semble que l'application de la loi nationale n'est pas douteuse. Et réciproque-

(1) V. Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 414 ; Fœlix et Demangeat, *Traité de droit international privé*, t. I, p. 58, notes *a* et *b* ; Merlin, *Répertoire*, v° *auto-  
risation maritale*, p. 242 ; Laurent, *op. cit.*, t. IV, § 213, p. 413 et note 1 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, pp. 139-144.

ment, les étrangers doivent être régis, quant aux conditions de fond, par leur loi nationale.

Le *nouveau Code civil allemand*, rompant avec la tradition des pays germaniques attachés au domicile, impose la loi nationale quant aux conditions de fond de parties qui contractent mariage. Le § 13, alinéa 1, prévoit les deux hypothèses, celle du mariage des Allemands à l'étranger et celle du mariage des étrangers en Allemagne : « La conclusion du mariage, même lorsqu'un seul des futurs est Allemand, se règle, par rapport à chacun des futurs, d'après les lois de l'Etat auquel il appartient. Il en est de même des étrangers qui contractent mariage en Allemagne (1). » Avant l'application du Code fédéral, chaque Etat fédéré avait sa législation spéciale, et, en général, c'est la loi du domicile qui régissait les conditions de capacité.

Le § 23 du *Landrecht prussien* disposait que « la qualité et la capacité personnelles d'un individu sont jugées d'après les lois de la juridiction dans le ressort de laquelle il a son *domicile réel* (2) ». Puis le même Code, au § 34, ajoutait que : « les sujets des nations étrangères, qui résident dans un Etat ou

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 217.

(2) *Ibid.*, p. 211.

y font des affaires, sont jugés d'après les règles précédentes (1) ».

Malgré la loi du 3 juillet 1869, devenue loi d'empire, laquelle supprimait tous les empêchements fondés sur la différence de religion des parties, la *Bavière*, se prévalant de la loi du 6 février 1875, qui permet le maintien des règles spéciales, chargées de subordonner le mariage des étrangers à une autorisation spéciale, décida que les mariages mixtes ne pourront être célébrés par les étrangers en Bavière lorsque la loi nationale du mari les interdit. De plus, le § 39 du *Landrecht* bavarois prenait soin de décider que les étrangers fussent tenus d'établir que le mariage projeté serait reconnu par la loi du pays d'origine du futur mari. Enfin une décision du ministre d'Etat bavarois, du 4 février 1889, disposait de faire observer quant au mariage des Autrichiens, la défense faite aux chrétiens d'épouser des non-chrétiens (v. § 64 du C. civ. autrichien) (2).

*Les provinces rhénanes*, ayant conservé le Code civil français, les conditions de capacité étaient jugées selon la loi nationale (3). C'est encore la loi nationale

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 212.

(2) Regnault, *op. cit.*, pp. 123-124.

(3) La cour de Cologne décidait, le 11 mars 1891, que « la capacité d'une personne pour contracter mariage fait partie de son statut personnel, et, dès lors, cette capacité se détermine d'après la loi nationale, non d'après celle du premier domicile des époux, que le principe de l'art. 3, alinéa 3, n'avait pas été abrogé par la

qu'imposent les §§ 7, 13, 15 et 16 au *Code civil saxon*, et la loi du 4 mars 1879, où le § 3 disposait que « la nullité ou la dissolution du mariage ne peut être prononcée, lorsque le mari est étranger, qu'autant que la décision du tribunal saxon doit être considérée comme valide dans le pays de ce dernier (1) ».

La loi wurtembergeoise, du 4 septembre 1808, obligeait ses nationaux qui se mariaient à l'étranger d'obtenir une autorisation gouvernementale ; en cas contraire le mariage était considéré comme nul (2). *La loi badoise* du 9 décembre 1875, décidait, dans son art. 14, que les étrangers ne pouvaient contracter mariage, dans le grand-duché, que s'ils prouvaient qu'aucun empêchement prévu par leur loi nationale ne s'y opposait (3).

Nous voyons même les Etats confédérés qui ne possédaient pas le Code français se laisser influencer par la loi nationale et c'est ainsi que le terrain était tout préparé au moment de la discussion du nouveau Code allemand. Doit-on rappeler les lois du 13 mars 1854, du 3 avril 1854 et du 31 mars 1864, réglant le mariage des sujets prussiens à l'étranger ou des étrangers en Prusse? Enfin n'oublions pas que d'émi-

loi d'Empire du 6 février 1875 ». Cet arrêt fut confirmé le 27 octobre suivant par le tribunal d'Empire. V. *Journal du droit international privé*, 1893, p. 604.

(1) *Annuaire de législation comparée*, 1879, p. 242.

(2) Regnault, *op. cit.*, p. 122.

(3) *Ibid.*, p. 133.

nents jurisconsultes allemands se sont prononcés pour la loi nationale (1) et que « le XVIII *Juristentag* lui-même avait, dans sa réunion de Wiesbaden en 1886, recommandé au législateur l'adoption de cette loi, à l'exclusion de la loi du domicile, dans le domaine du droit international privé ». Une de ses résolutions portait que : « dans les cas de conflits du droit international privé, il y a lieu de préférer la loi de la nationalité à celle du domicile, en matière de capacité et d'état, de droits de famille et de succession (2) ».

Si l'article 3 du *Code civil belge* (3) a soulevé les mêmes discussions que l'art. 3 du Code français, la législation, par des modifications postérieures, a confirmé nettement le principe de la loi nationale. Ainsi, l'art. 170 (C. civ. fr.) fut remplacé par l'article unique de la loi du 20 mai 1882, lequel dispose à son 6° que : « la capacité de la femme étrangère est réglée par

(1) Mommsen, *Archiv für die civil. Praxis*, t. XLI, p. 150 et s. ; de Bar, *Rechts Encyclopedie*, p. 686-687, et *Journal du droit international privé*, 1895, p. 22 (*Du conflit entre la loi du domicile et la loi de la nationalité*) ; Stobbe, *Deutsches Privatrecht*, I, 2<sup>e</sup> édition, p. 211 et s. ; Baehr, *Wohnsitzrecht und Heimathrecht* dans Ihering's *abrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, t. XXI, p. 343 et s. ; Neumann, *Internationales Privatrecht*, Berlin, 1896, p. 37 et s. (v. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 215, notes).

(2) Weiss, *op. et loc. cit.*

(3) Code civil belge, art 3, § 3. « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Belges même résidant en pays étrangers. »



son statut personnel (1) ». La circulaire de Frère-Orban, alors ministre des Affaires étrangères, adressée aux agents diplomatiques et aux consuls de Belgique à l'étranger, dès le 1<sup>er</sup> juillet 1882, donnait des instructions spéciales concernant l'exécution de loi du 20 mai. « Aux termes de l'article 3, § 3, du Code civil — disait la circulaire — les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Belges partout où ils résident. Par application du principe de réciprocité généralement admis en cette matière chez les nations policées, les étrangers restent également soumis à leur loi nationale, dans les limites prévues par les articles 3, §§ 1 et 6, du Code civil, pour tout ce qui concerne leur aptitude à contracter mariage. Telle est la raison du n° 6 de la loi du 20 mai (2). »

Laurent dans son avant-projet soumis à la Chambre des représentants, en vertu d'un arrêté royal du 30 mars 1882, avait rédigé un art. 11, pour remplacer l'art. 3, § 3 : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Belges partout où ils se trouvent. Les lois étrangères concernant l'état et la capacité régissent les étrangers qui se trouvent en Belgique jusqu'à ce qu'ils aient acquis la nationalité

(1) La commission de revision du Code civil belge a adopté les dispositions de la loi du 20 mai 1882, qui devient l'article 36 du titre X de l'avant-projet. V. baron Guillaume, *op. cit.*, p. 338.

(2) *Ibid.*, p. 335.

belge (1). » Le parti catholique, arrivant au pouvoir, retira à l'illustre professeur la mission confiée et institua un comité par arrêté du 15 novembre 1884. La deuxième section de ce comité rédigea un projet de titre préliminaire, comprenant 17 articles (2). L'art. 4 dispose que « l'état et la capacité des personnes, ainsi que les rapports de famille, sont régis par les lois de la nation à laquelle les personnes appartiennent (3). » En ce qui concerne le Congo, MM. Rolin-Jacquemyns et Rivier ont préparé le texte de la loi-décret en date du 20 février 1891 ; l'article 2 est semblable aux textes des deux projets de revision (4).

Enfin la jurisprudence a décidé que c'est la loi personnelle, laquelle est la loi nationale, qui est applicable en notre matière (5).

(1) V. Jitta, *La méthode du droit international privé*, La Haye, 1890, p. 330 et s.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 190.

(3) V. la très intéressante étude de M. Lainé, *sur le titre préliminaire du projet de Code civil belge*, dans le *Bulletin de la société de législation comparée*, 1890, p. 385 et s., 449 et s., et tirage à part.

(4) Voy. Vauthier (M.), *Les étrangers et l'application des lois de l'Etat indépendant du Congo* (*Revue pratique de droit international privé*, 1890-1891, 2, p. 179 et s.) ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 194 à 195 ; *Bulletin officiel de l'Etat indépendant du Congo*, avril 1891, p. 68 à 71 ; *Annuaire de législation étrangère*, 1892, p. 872 ; *Journal du droit international privé*, 1891, p. 671.

(5) Voy. Cour de Liège, 31 décembre 1879 (*Journal de droit international privé*, 1881, p. 47) ; Trib. Bruxelles, 30 juillet 1887 (*ibid.*, 1889, p. 713) ; — 1<sup>er</sup> décembre 1894 (*ibid.*, 1896, p. 895) ; Trib. Anvers, le 19 janvier 1899 (*Journal des Tribunaux*, 1899,

Le principe est le même pour l'*Espagne*. En 1882, M. Salmeron écrivait que : « l'état et la condition juridique des personnes doivent être réglés par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent, pourvu qu'elles ne soient pas en contradiction avec les principes d'ordre public de l'Etat dans lequel l'individu demeure (1) ». Le Code civil de 1889 prescrit à l'art. 9 : « Les lois qui régleront les droits et les devoirs de famille, l'état, la condition et la capacité légale des personnes obligent les Espagnols, même s'ils résident en pays étranger. » De même que cet article de la législation espagnole joue le rôle de l'art. 3, § 3, du Code français, l'art. 41, de la loi espagnole du 18 juin 1870, est calqué sur l'article 170 du Code français (2).

La *Hongrie* a adopté le principe de la loi nationale mais d'une façon peu heureuse : chaque époux doit satisfaire à sa loi nationale ; de plus, chaque époux est soumis aux conditions autres que l'âge et la ca-

col. 792) ; — le 21 janvier 1901, — le 16 novembre 1901, — le 12 février 1902 (*Pasicrisie*, 1902, III, p. 122 et 235) ; — Cour de Bruxelles, 6 février 1889 (*Journal du dr. int. privé*, 1890, p. 724) ; — 13 novembre 1889 (*ibid.*, 1891, p. 273) ; Cass. Belgique, 9 mars 1882 (*Belgique judiciaire*, 1882, p. 468).

(1) Salmeron, dans le *Journal du droit int. pr.*, 1882, p. 405 et s.

(2) *Actes de la conférence de La Haye*, 1893, p. 57 ; baron Guillaume, *op. cit.*, p. 403 ; Audinet, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1891, p. 120 et s., Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 195, 196, 407.

pacité de l'autre conjoint. Voici l'article 108 de la loi XXXI sur le mariage : « La validité des mariages contractés à l'étranger doit être jugée, en ce qui concerne l'âge et la capacité, exclusivement d'après la loi nationale des époux, tandis que sous tout autre aspect, elle doit être jugée d'après les lois nationales de tous les deux époux, à moins que ces lois n'ordonnent l'application d'une autre loi ou que la présente loi n'en dispose autrement. » L'article 109 : « Lorsqu'un citoyen hongrois contracte mariage avec une étrangère, soit à l'étranger, soit en Hongrie, la validité du mariage devra être jugée selon les lois hongroises, excepté l'âge et la capacité de l'épouse. » Quant au mariage des étrangers en Hongrie, nous avons l'article 110, § 2 : « D'ailleurs les dispositions des articles 108 et 109 serviront de règle quant au mariage contracté en Hongrie, par un étranger (1). »

L'article 6 des dispositions préliminaires du *Code civil italien* dispose que : « l'état et la capacité des personnes et les rapports de famille sont réglés par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent. » Pour le mariage des Italiens à l'étranger, nous avons l'art. 100 : « Le mariage contracté en pays étranger entre citoyens, ou entre un citoyen et un étranger, est valable, pourvu... que le citoyen n'ait pas contrevenu

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1894, p. 378 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 407 et note 5 ; Regnault, *op. cit.*, p. 126-127.

aux dispositions contenues dans la deuxième section du chapitre I de ce titre », qui justement énumère les conditions de fond du mariage. Pour le mariage des étrangers en Italie, nous avons l'art. 102 : « La capacité de l'étranger pour contracter mariage est déterminée par la loi du pays auquel il appartient (1). »

Encore une conquête du principe de la loi nationale : la loi *japonaise* du 15 juin 1898, spéciale aux conflits de loi, stipulait que « les conditions intrinsèques du mariage sont déterminées pour chacun des futurs époux par leur loi nationale (2). »

Le *Luxembourg* ayant adopté le Code civil français, les difficultés que soulèvent les articles 3, § 3 et 170, donnent lieu aux mêmes discussions (3). Pour la *principauté de Monaco*, nous avons à dire la même chose (4).

Les *Pays-Bas* soumettent les conflits de lois au même principe. L'art. 6, de la loi néerlandaise du

(1) Huc et Orsier, *Le Code civil italien*, t. I, p. 18 et s. ; cf. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 197-200 et 407 ; Esperson, *le droit international privé dans la législation italienne*, dans le *Journal du droit intern. privé*, 1880, p. 248 et s. ; *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 24-25.

(2) Regnault, *op. cit.*, p. 127.

(3) Lehr, *op. cit.*, n° 649, p. 286 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 200.

(4) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 202.

15 mai 1829, prescrit que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Néerlandais, même lorsqu'ils se trouvent en pays étranger », et le Code civil néerlandais dit dans son art. 138 : « Les mariages contractés en pays étranger, soit entre Néerlandais, soit entre Néerlandais et étrangers, seront valables... pourvu que... les époux néerlandais n'aient pas contrevenu aux dispositions contenues dans la première section de ce titre. »

Malgré ces articles semblables à tous points aux articles correspondants du Code français, quelques auteurs affirmaient que le principe de la législation néerlandaise était celui de la territorialité absolue(1). Ceux qui soutenaient cette théorie se basaient sur l'art 9 de la loi du 29 mai 1829 ainsi conçu : « Le droit civil du Royaume est le même pour les étrangers que pour les Néerlandais, tant que la loi n'a pas expressément établi le contraire. M. Asser a très judicieusement répondu que cet article ne concernait pas le conflit de lois, mais la question de jouissance de droits ; les deux articles cités plus haut forment la matière des conflits de lois, et la jurisprudence hollandaise les interprète de la même manière que

(1) Opzoomer, *Aantekening op te wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving*, Leyde, 1848, p. 33 et s. (cité par M. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 203, note 2) ; Fiore, *op. cit.*, (trad. Pradier-Fodéré), p. 102, Fœlix, *op. cit.*, t. I, p. 72.

la jurisprudence française : les art. 3 et 170 du Code civil français (1).

Le *Code civil portugais* contient deux articles généraux très clairs : L'art. 24 : « Les Portugais qui voyagent ou résident à l'étranger demeurent sujets aux lois portugaises relatives à leur capacité civile, à leur état... » et l'art. 27 : « L'état et la capacité civile des étrangers se régleront d'après les lois de leur pays. » De plus, nous avons deux articles spéciaux au mariage, l'art. 1065 : « Le mariage contracté à l'étranger entre Portugais ne produit d'effets civils, en Portugal, que s'il est contracté conformément à la loi portugaise » et l'art. 1066 : « Le mariage contracté à l'étranger entre un Portugais et une étrangère ou entre un étranger et une Portugaise produit ses effets civils au Portugal, lorsqu'il est justifié, en ce qui concerne l'époux portugais, des conditions requises par la loi portugaise » (2).

La *Russie*, que Fœlix et M. Pasquale Fiore considèrent, de même qu'ils l'avaient fait pour les Pays-

(1) Asser, dans la *Revue de droit international*, 1869, p. 113 et s. ; Jitta, *op. cit.*, p. 295 ; Weiss, *op. cit.*, t. II, p. 532 et t. III, p. 203, 204 et 407, Pic, *op. cit.*, p. 133-134 ; Guillaume, *op. cit.*, p. 448 et s.

(2) Voy. Guillaume, *op. cit.*, p. 456 à 460 ; *Actes de la conférence de La Haye*, 1893, p. 83, et 1900, p. 29-31 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 205 à 207 et 407.



Bas, comme consacrant le principe de la territorialité absolue (1), dispose que c'est la loi nationale des parties qui règle les conditions de fond du mariage. L'enquête établie à ce sujet par les soins de l'Institut de droit international a largement éclairci ce point (2). Pour la Pologne, la question ne peut pas être discutée, le Code français y étant encore en vigueur (3). Pour les provinces russes régies par le *Zvod*, il paraît que la règle est identique. « Le principe en vigueur dans les parties de l'empire soumises au *Zvod* nous paraît identique à celui qui est au frontispice du Code Napoléon : l'étranger, en ce qui concerne son statut personnel, peut se prévaloir de sa loi nationale ; pour tout le reste, il est soumis aux lois russes (4). » Enfin,

(1) Fœlix, *op. cit.*, t. I, p. 76 ; Fiore, *op. cit.* (trad. Pradier-Fodéré), p. 102. V. également Regnault, *op. cit.*, p. 18 à 29, et 36 à 38 ; Pic, *op. cit.*, p. 135.

(2) *Revue de droit international*, 1876, p. 401 et s.

(3) V. Lipinski, *La situation des étrangers en Pologne, avant et après le partage*, dans le *Bulletin de la société de législation comparée*, 1887, p. 404 et s. — Arrêt du Sénat de Varsovie, 1873, rapporté dans le *Journal du droit international privé*, 1874, p. 48. V. Cependant Regnault, *op. cit.*, p. 38, et Barkowski, dans le *Journal du droit international privé*, 1898, p. 95.

(4) Lehr, *Eléments de droit civil russe*, Paris, 1877, p. 6. Cependant, lorsque le gouvernement belge pria le gouvernement russe de tenir compte des nouvelles modifications faites, en 1887, à la capacité matrimoniale, ce dernier répondit que « le fait d'obtempérer à la demande susmentionnée violerait directement l'art. 995, t. IX, du Code des lois, suivant lequel les étrangers résidant en Russie sont assujettis aux lois russes, tant par rapport à la per-

en Finlande, c'est également la loi nationale qui impose ces conditions intrinsèques. « En Finlande, dit M. Lehr, les principes généralement admis peuvent se résumer en les quelques dispositions suivantes : la capacité personnelle des étrangers, spécialement au point de vue de la majorité ou de la minorité et de la validité de leur mariage, s'apprécie d'après les règles de leur pays d'origine. Mais ils sont soumis à la loi finlandaise, en tout ce qui dépend du statut réel, des lois d'ordre public, de police et de sûreté ; et il en est de même par rapport aux actes juridiques passés par eux en Finlande (5). » Le principe de la territorialité semble, en échange, avoir prévalu dans les provinces baltiques (6).

L'Institut de droit international s'arrêta à la loi nationale après quelques hésitations.

A la session de Bruxelles, de 1883, les rapporteurs MM. Arntz et Westlake proposaient conjointement

sonne qu'en ce qui concerne le patrimoine ». Et M. Mandelstam qui rapporte ce détail dans son étude : *Du mariage et du divorce dans les rapports internationaux au point de vue du Droit russe* (*Journal du droit international privé*, 1902, pp. 243 et s., 460 et s.), ajoute que le Code pénal russe prévoit, au chapitre 1, section 4, que « l'inobservation d'une condition personnelle quelconque, requise pour contracter mariage, entraîne non seulement la nullité du mariage, mais aussi la responsabilité pénale du contrevenant ». (*Ibid.*, p. 251 et note 1). Cf. Regnault, *op. cit.*, p. 36 et 37.

(1) Lehr, *Eléments de droit civil russe*, p. 8.

(2) *Ibid.*, p. 6.

d'observer la loi du lieu de célébration : « *a.* En ce qui concerne la capacité des parties, peu importe que l'incapacité soit absolue, par exemple fondée sur le défaut d'âge, ou relative, par exemple fondée sur la parenté ou l'affinité ; *b.* En ce qui concerne la nécessité du consentement des parents ou des tuteurs (art. 2). » Mais ils proposaient également l'observation de la loi nationale de chacune des parties contractantes « en ce qui concerne la capacité absolue ou relative de la partie, et en ce qui concerne le consentement de ses parents ou tuteurs (art. 3) ». En son nom personnel, M. Arntz présentait un douzième article portant : « Lorsqu'un mariage, valable d'après les lois du pays de l'un des contractants, et nul d'après les lois du pays de l'autre contractant, aura été déclaré nul dans le pays de ce dernier, le mariage devra être considéré comme nul partout (sauf les effets civils du mariage putatif). » L'assemblée ne paraissait guère favorable aux propositions de MM. Arntz et Westlake, et on remit la discussion à une autre session (1).

A la session de Bruxelles, en 1885, MM. von Bar et Brusa déposèrent un projet de conclusions, plus favorable encore au principe de la loi nationale. « L'officier de l'état civil d'un pays quelconque —

(1) Baron Guillaume, *op. cit.*, p. 228 à 232. Cf. *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. VIII, p. 45.

dispose l'art. 5 — procédera à la célébration du mariage si le mariage n'est pas prohibé par la loi nationale du mari. Toutefois, l'officier doit observer de même, quant à la fiancée, la loi nationale de celle-ci et la loi du lieu de la célébration en ce qui concerne l'âge requis pour la célébration du mariage ; et encore la loi nationale de la fiancée, en ce qui concerne le consentement nécessaire des parents ou tuteurs (1)... » A la même session, M. Kœnig propose d'autres « conclusions », où nous voyons une combinaison de tous les systèmes : l'âge doit être observé selon la loi de célébration ou du domicile des époux ou de l'un d'eux ; pour les autres empêchements, c'est la loi nationale qui intervient, mais la loi du lieu ou la loi du domicile peuvent faire également défense en cas d'inceste ou de polygamie (2).

Deux ans après, en 1887, à la session de Heidelberg, après un très intéressant rapport de M. von Bar, l'Institut, après avoir examiné les trois projets : 1° Arntz et Westlake, 2° von Bar et Brusa, et 3° Kœnig, vota, dans les séances des 6 et 7 septembre 1887, que, en ce qui concerne les conditions de fond, on doit observer la loi nationale de chacune des parties,

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. VIII, 1886, p. 67 ; baron Guillaume, *op. cit.*, p. 232 à 237.

(2) *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. VIII, 1886, p. 70 ; Cf. Guillaume, *op. cit.*, p. 238 à 245 ; Regnault, *op. cit.*, p. 129.

et de plus la loi du lieu de célébration en ce qui concerne les degrés prohibés de parenté ou d'alliance (1).

Enfin, à la session de Lausanne, l'Institut adopta un « Règlement international des conflits de lois en matière de mariage et de divorce », dans la séance plénière du 5 septembre 1888. Nous citerons seulement les résolutions suivantes :

« Art. 5. — Pour que le mariage puisse être célébré dans un pays autre que celui des époux ou de l'un d'eux, il faut que le futur et la future se trouvent dans les conditions prévues par leur loi nationale respective en ce qui concerne :

« 1° L'âge ;

« 2° Les degrés prohibés de parenté ;

« 3° Le consentement des parents ou tuteurs...

« Il faut, en outre, que le futur et la future se trouvent dans les conditions prévues par la loi du lieu de célébration en ce qui concerne :

« 1° Les degrés prohibés de parenté... »

« Art. 8. — Pourra être annulé, le mariage contracté en dehors des conditions exigées par la loi nationale de l'un des époux, en ce qui concerne :

« 1° L'âge ;

« 2° Les degrés prohibés de parenté ou d'alliance...

« Art. 16. — Lorsqu'un mariage valable d'après la

(1) *Ann. de l'Institut de droit inter.*, t. IX, 1888, p. 126 et s. ; Cf. Guillaume, *op. cit.*, p. 246 à 273.

loi du pays de l'un des contractants aura été déclaré nul dans le pays de l'autre, le mariage devra être considéré comme nul partout, sauf les effets civils d'un mariage putatif (1). »

Ce Règlement n'est pas certainement parfait, mais il justifie la part prépondérante prise par l'Institut dans le développement du droit international privé ; « il explique — dit le baron Guillaume — le précieux hommage que lui rendait M. L. Renault à la Conférence de La Haye, en reconnaissant que le Règlement de Lausanne avait apporté un concours précieux à la Commission dont l'éminent jurisconsulte français était à la fois le président et le rapporteur (2) ».

Après la conférence de Montevideo, susmentionnée (v. *supra*, p. 136), toutes les républiques sud-américaines, l'Espagne et le Portugal, se réunirent à Madrid, en 1902. La première conclusion du congrès ibéro-américain était que « la capacité des personnes qui veulent contracter mariage se détermine d'après leur statut personnel (3) ». D'après les travaux préparatoires, « statut personnel » veut dire « loi nationale ». Notons encore un avant-projet de loi sur la

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. X, 1889, p. 75.

(2) Baron Guillaume, *op. cit.*, p. 284.

(3) *Congreso jurídico ibero-americano reunido en Madrid el año 1892*. Publication de la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (V. Guillaume, *op. cit.*, p. 295).

situation des étrangers, élaboré par M. Julian-Gonzalez Tamayo, lequel prévoyait à l'art. 46 : « Pour la célébration d'un mariage entre étrangers, c'est la loi nationale des époux qui détermine l'âge auquel ils peuvent se marier, les personnes appelées à donner leur consentement et les empêchements qui peuvent s'opposer à la célébration (1). »

Le mouvement des idées étant favorable à la théorie de la loi nationale, c'est elle qui triompha aux trois sessions de 1893, 1894 et 1900, de la Conférence de La Haye pour le droit international privé. L'article premier des *Dispositions concernant le mariage*, dans le Protocole signé le 27 septembre 1893, porte : « le *droit de contracter mariage* est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux... En conséquence et sauf cette réserve, pour que le mariage puisse être célébré dans un pays autre que celui des deux époux ou de l'un d'eux, il faut que les futurs époux se trouvent dans les conditions prévues par leur loi nationale respective (2). » Ce texte contenait une redondance, aussi fut-il simplifié en 1900. L'article premier de la Convention signée à La Haye, le 12 juin 1902, entre la France, l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, l'Espagne, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas,

(1) Baron Guillaume, *op. cit.*, p. 295.

(2) *Actes de la conférence de La Haye*, 1893, Protocole final, p. 1.



le Portugal, la Roumanie, la Suède et la Suisse, dispose que : « le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux (1)... »

Il nous reste à examiner quelques difficultés qui naissent en pratique de l'application du principe de la loi nationale. Nous avons vu (2) que lorsqu'une personne n'a point de nationalité ou sa nationalité est incertaine, on a recours, à titre subsidiaire, à la loi du domicile. D'autres hypothèses peuvent être envisagées.

Une personne, au lieu de n'avoir aucune nationalité, en a deux. Un Anglais, né en Belgique d'un père Anglais, se voit réclamé par deux pays, par l'Angleterre et par la Belgique, et deux lois sont applicables quant à sa capacité matrimoniale, la loi anglaise et la loi belge. A laquelle devrions-nous donner préférence ? Un tel inconvénient avait été prévu lors de la conférence de La Haye, et lorsqu'on avait proposé la nationalité comme principe dirigeant dans le conflit des lois relatives à la capacité, la Suède et la Norvège avaient objecté « qu'un inconvénient spécial pouvait résulter du manque de conformité existant entre les lois des différents Etats, en ce qui concerne la nationalité (3) ». Cette objection n'était sérieuse, car même

(1) *Actes relatifs aux conf. de La Haye*, 1893, 1894 et 1900.

(2) V. *supra*, p. 160 et suiv.

(3) *Actes de la conf. de La Haye*, 1893.

en admettant le domicile comme principe, un semblable conflit est possible.

M. Weiss fait très judicieusement une distinction. Ou bien la personne est domiciliée dans l'un des pays qui se disputent son allégeance, et en ce cas on appliquera la loi de ce pays, non pas comme *lex domicilii* mais comme *loi nationale présumée*. Ou bien elle a son domicile dans un tiers Etat, et alors le juge saisi « devra se prononcer en faveur de la nationalité dont la détermination se rapproche le plus des règles et des conditions posées par la *lex fori* elle-même, et c'est à la loi de cette nationalité qu'il appliquera dans les litiges dont il est saisi (1) ». La première solution est conforme à la doctrine émise par M. Weiss sur la nature contractuelle du lien de nationalité (2).

Une autre difficulté surgit lorsqu'il s'agit d'une personne appartenant à un pays comme les Etats-Unis ou la Suisse, dont le territoire est divisé en un

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, *Le conflit des lois*, p. 73 ; cf. t. I, *De la nationalité*, p. 274 ; Regnault, *op. cit.*, p. 151. V. art. 12, § 3, du Projet de la commission de revision du Code civil belge : « Celui qui appartient à deux nationalités étrangères a pour statut personnel celle de deux lois étrangères dont les dispositions, applicables à la contestation, s'éloignent le moins des dispositions de la loi belge. » Et art. 8 du Cod. civ. japonais : « Celui qui a double nationalité étrangère est soumis à la loi du pays dont il a acquis le plus récemment la nationalité. »

(2) Weiss, *op. cit.*, t. I, *De la nationalité*, p. 7 et s.

certain nombre d'Etats ou de cantons, ayant chacun sa législation propre. On a prétendu qu'en ce cas c'est la loi du canton ou de l'Etat où la personne est domiciliée qui la gouvernera, et que dans le cas où elle serait domiciliée hors de son pays, c'est la loi de ce domicile étranger qui gouvernera son état et sa capacité à l'exclusion de toute autre (1). « Cette solution, dit M. Loiseau, est la seule qui permette d'éviter l'arbitraire. En effet, à laquelle des diverses lois en vigueur dans sa patrie soumettrait-on cet étranger ? S'il n'avait jamais eu qu'un domicile, comment le soumettrait-on à la loi qui règne dans le lieu de ce domicile, quand la circonstance qui l'en faisait dépendre n'existe plus ; et s'il y avait eu plusieurs domiciles, comment ferait-on un choix entre des lois diverses. Proposerait-on de s'arrêter à la loi du lieu où il a eu son dernier domicile, en disant qu'il l'a en quelque sorte emportée avec lui au moment où il s'expatriait, et que cette loi est, pour lui, la loi nationale ? Pourquoi ne proposerait-on pas d'appliquer, au contraire, la loi en vigueur au lieu où il a eu son premier domicile ?... Et ces difficultés ne donneraient-elles pas l'idée de recourir à un troisième système, qui considérerait comme loi nationale de l'étranger celle des lois particulières de son pays qui y est regardée comme la plus importante

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 74.

ou la plus conforme à l'esprit général de la nation. Toutes ces mentions démontrent qu'il est plus simple, plus loyal et plus sûr de s'en tenir à la loi du domicile actuel (1). » Si certaines législations appliquent en ce cas la loi du canton ou de l'Etat d'origine, qui suivra le ressortissant du pays étranger, d'autres préfèrent la loi du canton où il a son domicile actuel ; mais « cette loi du domicile est en même temps la loi nationale du plaideur, puisqu'elle est une des lois divisionnaires admises concurremment par l'Etat politique dont il en est citoyen ; et c'est comme *loi nationale* qu'il peut en invoquer le bénéfice et qu'il doit subir les effets (2) ». Mais lorsque la personne qui appartient par sa nationalité à un pays ayant plusieurs législations provinciales, a son domicile *à l'étranger*, nous n'adopterons pas sans aucune distinction la solution proposée par M. Loiseau, c'est-à-dire la loi du domicile actuel, mais nous pensons que le juge saisi a le devoir de se rapporter à sa loi nationale et voir à quelle solution de litige nous renvoie cette loi (3).

(1) Loiseau, *Du domicile comme principe de compétence législative*, p. 188.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 76. « C'est ainsi que la loi fédérale suisse du 25 juin 1891, *sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour*, détermine, par la loi de son domicile actuel, l'état, la capacité, les rapports de famille et de succession du Suisse établi dans un canton autre que dans son canton d'origine » (Weiss, *eod. loc.*).

(3) Weiss, *op. et loc. cit.* V. ci-dessous, p. 214 et suiv.

C'est ainsi que la loi fédérale suisse, du 25 juin 1891, dispose, dans son art. 28 *in fine*, que « si d'après la législation étrangère (du pays où ils sont domiciliés), les Suisses ne sont pas régis par le droit étranger, c'est le droit du canton d'origine qui leur est appliqué ». Enfin, pour le cas où une personne appartenant à un Etat confédéré est domiciliée à l'étranger l'Institut de droit international a réglé dans son art. 6, al. 3, de ses résolutions d'Oxford, que « dans le cas où différentes lois civiles coexistent dans un même Etat, les questions relatives à l'état et la capacité de l'étranger seront décidées selon le droit intérieur de l'Etat auquel il appartient (1) ».

Nous concluons en disant que si la loi nationale s'impose pour régler l'état et la capacité de la personne, « nous ne prétendons pas refuser à la loi du domicile toute application théorique à la solution des conflits de lois. Dans certaines hypothèses particulières, il sera possible d'y recourir, à *titre subsidiaire*, lorsque le critérium de la nationalité ne fournit pas éléments d'une solution (2) ».

(1) *Ann. de l'Inst. de dr. int.*, t. V, p. 56.

(2) *Weiss. op. cit.*, t. III, p. 72.

## TITRE II

### Hypothèses pratiques du conflit des lois quant aux conditions intrinsèques du mariage.

Pour suivre les conséquences du principe de la loi nationale, qui, avons-nous vu, gagne du terrain au point de vue pratique, comme au point de vue théorique, plaçons-nous en présence de trois hypothèses : Deux Français se marient en pays étranger, deux étrangers de même nationalité contractent mariage en France, des Français se marient à ses étrangers ou bien deux étrangers de nationalité différente contractent mariage. Examinons successivement ces trois hypothèses et tirons toutes les conclusions qui en découlent.

#### SECTION I. — Première hypothèse : Deux Français se marient en pays étrangers.

Quelles sont les conditions de capacités nécessaires, pour que l'union de deux Français soit valable en France ? Suivant les articles 3, § 3 et 170, précités, c'est exclusivement d'après la loi française que les conditions seront appréciées. Mais en fut-il toujours ainsi ? et ces deux articles furent-ils toujours inter-

prétés au sens de la loi nationale ? C'est ce que nous allons sommairement examiner.

Pourquoi parler « d'une incertitude extrême dans la matière (1) » et dire que le Code civil a mis fin « à l'arbitraire et à la confusion qui régnaient dans l'ancien droit (2) » lorsque assez longtemps, dominant les diverses coutumes et statuts, au-dessus des législations locales, s'élevait l'autorité internationale de l'Eglise catholique ; sans doute en ce qui concerne les statuts matrimoniaux relatifs aux biens, nous nous trouvons en face d'un enchevêtrement « de systèmes et d'arrêts douteux ou contradictoires (3) » ; mais tandis que les idées variaient quant aux conséquences pécuniaires du mariage, les conditions de fond de cet acte : âge, conditions d'aptitudes, divers empêchements, étaient réglées de la même manière et partout. Les conflits ne deviennent possibles que lorsque, d'un côté, la scission est définitive entre catholiques et protestants, et d'un autre côté les rois de France se réservent le droit de déterminer les conditions de fond du mariage (v. ordonnance de Blois de 1579).

Les *quatre* seules décisions de l'ancienne jurisprudence française que nous connaissons ne se réfèrent pas à des conflits de coutume à coutume ; « il s'agit

(1) Laurent, *Droit civ. int.*, 1880-82, t. IV, p. 397, n° 206.

(2) *Ibid.*, n° 207.

(3) Varnier, *op. cit.*, p. 87.



uniquement de Français qui se sont mariés en pays étranger (1) ».

Le *premier arrêt* est celui du Parlement de Paris, le 16 mars 1624 : on reconnaît la validité du mariage d'un Français, qui avait épousé une Lorraine, dans le pays de cette dernière, sans le consentement de ses parents (2). Puisque la Lorraine ne fut réunie à la France qu'à la mort de Stanislas Lacinski, en 1766, ce pays était alors un pays étranger.

Dans le *second arrêt*, toujours du Parlement de Paris, et rendu le 26 juin 1634, il fut jugé que l'union d'un Français et d'une femme sarde, célébré en Savoie, contrairement à la volonté de la mère du futur, française elle-même, était parfaitement valable (3).

Enfin, le *troisième arrêt*, rendu en 1662, décida que, le mariage d'un régnicole avec une Avignonnaise, célébré dans les Etats d'Avignon, était valable, quoique le père du futur n'eût été même informé de ses intentions (4).

Au premier abord, on serait tenté de conclure que les Parlements appliquaient, aux conditions de fond du mariage, la loi du lieu de célébration. Mais il ne faut pas généraliser d'après des cas spéciaux, et

(1) Varnier, *op. cit.*, p. 88.

(2) *Journ. des audiences*, t. I, liv. I, chap. xxiv, p. 557.

(3) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. xxviii, p. 557.

(4) *Ibid.*

comme d'après le vieux droit français, le consentement des tuteurs ou des parents était considéré être une condition de forme, et comme, d'autre part, la loi du lieu régit — dit-on — les conditions de forme, le motif des trois arrêts pourrait s'expliquer d'après cette conception. Ce qui nous confirme dans la première idée, c'est qu'un *quatrième arrêt*, de 1740, est allé jusqu'à valider un mariage entre catholiques français, célébré en Angleterre devant un ministre protestant, quand, d'après le décret du Concile de Trente, la célébration devant le curé de la paroisse était une *condition de validité* (1).

L'application de la *lex loci*, par les anciens Parlements, peut s'expliquer non pas suivant le principe étroit de territorialité, mais par des considérations d'intérêt social et par la préoccupation constante des difficultés pratiques résultant en cette matière de l'infinie diversité des lois et des coutumes (2). « Le mariage — dit Boullenois — étant du droit civil de chaque nation, par rapport aux formalités et aux conditions que la loi de chaque pays exige, il est bon

(1) Varnier, *op. cit.*, p. 92. Cf. P. Pic, *op. cit.*, p. 21-22. Même actuellement, le consentement des parents est considéré, en Angleterre, comme étant une condition de forme. Cf. Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. II, p. 5 ; Dudley Field, *op. cit.* (trad. Albéric Rolin), n° 547 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 405, et les autorités citées *eod. loc.*, note 1 ; Alexander, dans le *Journ. du dr. int. pr.*, 1881, p. 193 ; Regnault, *op. cit.*, p. 7-8 ; Varnier, *op. cit.*, p. 91.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 404 ; Varnier, *op. cit.*, p. 93.

et valable dans tout autre, dès qu'il a été une fois valablement contracté dans un pays (1). » C'est par ces mêmes motifs que le *Journal des audiences* (2) explique l'arrêt du Parlement de Paris de 1634 : « Il arriverait un prodige et un monstre, si le mariage était bon et valable en Lorraine, et l'enfant légitime, en France un concubinage et l'enfant bâtard. »

Pourtant les jurisconsultes ont admis ce système non sans réserves.

Bouhier observe que la *lex loci* doit être mise de côté et le mariage annulé, lorsque les futurs vont de concert contracter mariage à l'étranger, uniquement pour se soustraire à la loi française (3). Boullenois, en dehors de toute pensée de fraude, veut qu'on apporte une exception à la *lex loci*, lorsque le futur contracte mariage en pays étranger, pour se dérober à la condition du consentement des parents. Il en donne une raison toute moderne : « La minorité dans nos mœurs rend le mineur incapable de contracter mariage sans le consentement de ses père et mère ou de son tuteur. Cette incapacité affecte le mineur et elle se prend du domicile... qui n'est pas le lieu où il se transporte, mais celui de ses parents... ç'aurait donc été par la loi de France qu'il eût fallu décider

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des loix*, chap. III, observation XXIII.

(2) *Journal des Audiences*, t. I, chap. XXIV.

(3) Bouhier, *op. et loc. cit.*

la question (1). » L'idée que la capacité du futur devrait être réglée par sa loi nationale apparaît très nettement et cela n'étonne pas de la part de Boullenois, qui fut de son temps un hardi promoteur de la personnalité des lois (2).

Quoi qu'il en soit le premier texte qui posa en principe l'autorité de la loi nationale fut l'article 3, § 3, du Code civil français (3). Nous venons de dire que cet article donna lieu à de grandes discussions et fut diversement commenté et interprété (v. *supra*, p. 167). Ce qui donna cause à ces discussions fut le mot « résidant ». Selon Demangeat, les Français *do-*

(1) Boullenois, *op. et loc. cit.*

(2) « Boullenois voulait même étendre le statut personnel au régime pécuniaire des époux qu'il tenait pour une dépendance de l'état et la capacité, devançant ainsi d'un siècle le droit écrit de certaines législations contemporaines qui enveloppent dans le statut personnel tout le mariage : principal et accessoires, union des personnes et rapports des biens » (Varnier, *op. cit.*, p. 96). Dans son *Traité de la réalité et de la personnalité des lois*, il dit dans le tome II, p. 299-300 : « Je ne sais si, pour échapper à tous les cris de M. d'Argentré contre M. Charles du Molin, il n'eût pas été plus court et plus convenable, sans recourir à la présomption d'une convention et d'une soumission dont il ne paraît aucune trace, de regarder les statuts de la communauté et de la non-communauté comme des lois qui affectent les conjoints d'un état et d'une condition purement personnelle... »

(3) Art. 3, § 3 : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même *résidant* en pays étranger. » Les *protégés* français restent soumis, même en pays hors chrétienté, à leurs lois et coutumes d'origine. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 139, note 1.

*miciliés* sont régis dans leur état et dans leur capacité par la *lex domicilii* (1). Fœlix ne pouvait pas prendre part à cette discussion, car selon lui « les expressions du lieu du domicile de l'individu, et de territoire de sa nation ou patrie peuvent être employées indifféremment (2) ».

La thèse de Demangeat n'est pas admissible, car l'art. 170 est formel : « Le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étranger... sera valable pourvu que le Français n'ait pas contrevenu aux dispositions contenues dans le chapitre précédent » (chapitre qui contient les conditions de fond du mariage). De plus, nous avons les *travaux préparatoires* qui sont non moins convaincants. Portalis s'exprimait ainsi dans l'*Exposé des motifs* : « Les lois personnelles suivent la personne partout. Ainsi la loi française, avec des yeux de mère, suit les Français jusque dans les régions les plus éloignées... Il est donc plus important qu'il ne l'a jamais été, de fixer la maxime que, dans tout ce qui regarde l'état et la capacité de la personne, le Français, quelque part qu'il soit, continue d'être régi par la loi française. » « Il suffit d'être Français, disait le tribun Faure au Corps législatif, pour que l'état et

(1) Demangeat, sur Fœlix, *op. cit.*, t. I, p. 58, note a. V. aussi Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 444.

(2) Fœlix, *eod. loc.*

la capacité de la personne soient régis par la loi française. Que l'individu *réside* en France ou qu'il *réside* à l'étranger, dès qu'il est Français, la règle est la même ; sa qualité de Français le suivant partout, les lois qui dérivent de cette qualité doivent le suivre également (1). »

Nous avons souligné deux fois le mot *réside* dans cette dernière citation, pour montrer que l'expression *résidence* ne peut pas être prise dans un autre sens que celui de *domicile*. « Si les Français domiciliés hors de France devaient être régis par la loi de leur domicile, observe très judicieusement M. Weiss, on ne s'expliquerait pas que les rédacteurs du Code civil aient oublié de formuler un principe si important, ou, ce qui revient au même, ne l'aient pas formulé que par prétérition dans l'article unique où ils ont eu la prétention de résumer les règles générales applicables, suivant eux, à la solution du conflit des lois (2). »

Puisque c'est la loi française qui règle les conditions de fond du mariage contracté par deux Français en pays étranger, qu'ils y soient domiciliés ou non, nous allons déduire toutes les conséquences qui en découlent.

1° Tout Français doit avoir 18 ans et toute Fran-

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 140 en note.

(2) *Ibid.*, p. 141.

çaise 15 ans (1), pour pouvoir contracter un mariage valable, quelle que soit la législation en vigueur au lieu de la célébration. « Puisque la fixation de l'âge légal doit logiquement varier selon les peuples et les climats, le caractère personnel du statut n'est pas discutable... il serait immoral d'autoriser une Française de 12 ans à contracter mariage en Espagne (2). » Dans le cas où la loi du pays où le mariage a été célébré prévoyait une limite d'âge plus élevée, le mariage ne pourrait être regardé comme nul par cette loi, car les prescriptions d'âge ne sont pas d'ordre public international. L'Institut de droit international le jugea ainsi aux sessions de Bruxelles (conclusions de M. Kœnig) (3) et de Heidelberg (4). La même solution fut adoptée par la Conférence de La Haye (5). Les parties peuvent obtenir des dispenses d'âge en cas de motifs graves ; ces dispenses sont accordées par le Président de la République (6). « Toutefois les consuls généraux, qui exercent leurs fonctions dans les pays situés au delà de l'Océan Atlantique, peuvent

(1) C. civ. fr., t. V, ch. 1, art. 144.

(2) P. Pic, *op. cit.*, p. 156 ; cf. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 409 ; Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., p. 406, n<sup>o</sup> 395.

(3) *Annuaire de l'Institut du droit international*, 1886, t. VIII, p. 73.

(4) *Ibid.*, 1888, t. IX, p. 127.

(5) *Actes de la III<sup>e</sup> conférence de La Haye*, 1900, p. 180.

(6) C. civ. fr., art. 145. Cf. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 410 ; Albéric Rolin, *op. cit.*, t. II, p. 48.



accorder une dispense au nom du chef de l'Etat, à la condition de rendre compte au ministre des Affaires étrangères des motifs qui les ont déterminés ; et la même attribution peut être conférée par un décret spécial aux consuls de première et de seconde classe résidant au delà de l'Océan Atlantique (1). »

2° Le consentement des deux Français doit être libre. Les vices du consentement s'apprécient d'après la loi française (2). D'autre part, comme les vices du consentement ne sont pas d'ordre public, la justice locale saisie ne pourrait appliquer que la loi personnelle des époux, la loi française (3).

3° Le mariage contracté en pays étranger, sans le consentement de ses ascendants ou du conseil de famille, par un Français qui n'a pas atteint la majorité matrimoniale, est annulable (4). Il s'ensuit qu'un

(1) Weiss, *op. et loc. cit.* Cf. Ordonnance du 23 oct. 1833, art. 18.

(2) C. civ. fr., art. 146 et 180. Varnier, *op. cit.*, p. 131, note 2.

(3) Regnault, *op. cit.*, p. 190. Les causes de nullité, fondées sur des vices du consentement ne sont pas d'ordre public, a jugé le tribunal de l'Empire de l'Allemagne, le 13 février 1900 (*Journ. du dr. int. pr.*, 1902, p. 862.). V. Pic *op. cit.*, p. 166 et 167.

(4) C. civ. fr., art. 148, 149, 150, 152, 153, 159 et 160 (modifiés par la loi du 20 juin 1896. Weiss, *op. et loc. cit.* ; v. Cass., 8 nov. 1824 (*Pand. fr. chr.* ; Sir. chr.) ; Trib. Seine, 15 févr. 1839 ; (*Le Droit*, 17 févr. 1839) ; — 4 décembre 1873 (*Journ. du dr. int. pr.*, 1875, p. 24) ; Rouen, 13 juillet 1880 (*Ibid.*, 1881, p. 256) ; Paris, 28 février 1881 (*La loi* du 11 mars 1881) ; Trib. Seine, 7 juill. 1881, et

Français âgé de 24 ans, désirant se marier en Angleterre, où ce consentement n'est exigé que jusqu'à 21 ans, ne le pourra pas contre le gré de ses parents. Mais si l'ascendant, dont le consentement est requis, était lui-même étranger et appartenait à une législation qui lui refuserait le droit d'intervenir et de former opposition au mariage, laquelle des deux lois devrait-on appliquer: celle de l'ascendant ou celle du futur époux français?

La question est assez complexe puisque les motifs sur lesquels est basée l'obligation de demander ou d'obtenir le consentement des parents, sont assez variés. « Le consentement des parents, écrit Montesquieu, est fondé sur leur puissance, c'est-à-dire sur leur droit de propriété (1). » « Le consentement des ascendants au mariage des mineurs de 25 ans, expose un arrêt de la Cour de Bruxelles, a été requis non seulement pour protéger ceux-ci contre leur inexpérience, *mais encore comme une conséquence du principe de l'autorité personnelle comme une mesure néces-*

Paris, 24 févr. 1882 (*Journ. du dr. int. pr.*, 1882, p. 308) ; Trib. Seine, 23 févr. 1883 (*Ibid.*, 1883, p. 388) ; Trib. Seine, 12 janv. 1884 (*Ibid.*, 1885, p. 88) ; Paris, 22 juillet 1885 (*Le Droit*, du 6 août 1885) ; Trib. Seine, 26 avril 1887 (*Journ. du dr. int. pr.*, 1887, 476) ; Besançon, 4 janv. 1888 (*Pand. fr. pér.*, 1888.2.171) ; Trib. Bruxelles, 8 mai 1858 (*Belge jud.*, 1859, p. 756) ; 2 févr. 1861 (*Ibid.*, 1861, p. 599) ; 14 févr. 1884 (*Journ. des trib.*, B., 1884, p. 409) ; v. toutes ces décisions, Weiss, *op. cit.* V. aussi Varnier, *op. cit.*, p. 118 et s.

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, chap. VII, livre XXIII, p. 421.

*saire pour assurer le repos des familles* (1). » Beaucoup d'auteurs posent la question au point de vue de l'intérêt des parties en présence : intérêt du père, intérêt de l'enfant. Si on s'arrête à celui-ci, on appliquera la loi du père ; si on s'arrête à celui-là, on appliquera la loi de l'enfant. M. Kœnig arrive avec une autre idée : on doit appliquer la loi du lieu où le consentement doit être demandé (2). Pour M. W. Beach Lawrence, toutes les législations européennes consacrent le droit du père et non point l'intérêt de l'enfant. Sir James Mac Intosh — cité par M. W. B. Lawrence — conclut spirituellement : « Toute la portée des législations européennes en matière de mariage se résume dans la défense du *patrimony* contre le *matrimony*. La conséquence est de rétablir dans ses attributions les plus vexatoires l'autorité paternelle de la loi romaine de substituer le mariage d'intérêt au mariage d'inclination, et de subordonner, en un mot, toutes les autres considérations à celle de la position sociale (3). »

Cette critique, quoique sévère, est justifiée jusqu'à

(1) Cour d'appel de Bruxelles, 30 juillet 1887 (*Journ. du dr. int. privé*, 1890, p. 146).

(2) *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1886, t. VIII, p. 70.

(3) W. B. Lawrence, *Etude de législation comparée et de droit international sur le mariage* (*Revue de droit international*, 1870, p. 65).

un certain point quand on pense que la plupart des législations qui se rattachent au Code Napoléon ne permettent pas à l'enfant *majeur*, mais qui n'a pas atteint 25 ans, d'en appeler à la justice contre un refus injuste de l'ascendant. N'oublions pas qu'en France le consentement des parents a eu pour cause un incident historique. Henri II voulait marier sa fille naturelle Diane à François de Montmorency ; celui-ci était secrètement marié à Jeanne de Piennes, fille d'honneur de Catherine de Médicis. C'est au ressentiment que le roi en éprouva, qu'on doit chercher la cause de cet édit de février 1556 (1557 nouv. st.) qui permit aux parents d'exhérer leurs enfants mariés sans avoir obtenu leur consentement (1).

Nous nous rallions cependant à l'idée de M. Weiss, qui soutient que c'est la loi de l'enfant qui doit l'emporter (2) M. Pic explique ainsi le motif qui nous paraît justifié : « Il s'agit en effet d'une question de capacité. Or, quelle est la loi compétente pour la résoudre, sinon la loi personnelle de l'individu dont la capacité est en jeu. Cette loi seule a qualité pour apprécier le degré de protection dont ses sujets ont besoin (3). »

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1903, 3<sup>e</sup> éd., t. III, p. 23 et note 2. Cf. Vantroys, *Etude historique et critique sur le consentement des parents*, thèse, Paris, 1889, p. 188 et suiv.

(2) Weiss, *op. et loc. cit.*

(3) Pic, *op. cit.*, p. 163.

Une autre question : lorsque l'enfant a atteint l'âge à partir duquel il lui est permis de se marier sans le consentement des personnes qui complètent sa capacité, nous savons qu'il est encore obligé, par l'art. 151 du Code civil français (modifié par la loi du 20 juin 1896), de demander, par acte respectueux, le conseil de ses père et mère, ou celui de ses aïeuls et aïeules, lorsque les père et mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Le futur doit-il, en pays étranger, se soumettre à cette exigence de la loi française ?

Certains auteurs ont prétendu que les actes respectueux constituent une simple formalité, qui, n'étant pas de la capacité des parties, ne peut affecter la validité du mariage. Dès lors, en vertu de la *locus regit actum*, rien n'empêche les futurs de s'en passer lorsque la loi du lieu de célébration ne contient aucune semblable prescription.

Cette opinion, basée sur l'idée que l'acte respectueux est simplement une forme de respect et l'expression d'un sentiment de pure convenance entre l'enfant et ses ascendants, nous paraît trop étroite. Le législateur, nous semble-t-il, a obéi, en dehors de ce sentiment, à un ordre d'idée plus élevé et plus pratique en même temps. Il a pensé que la nécessité de recourir au conseil de ses parents, et le retard qu'il en est résulté pour la célébration du mariage, seraient de nature à faire réfléchir l'enfant.

Le mariage étant un acte excessivement important dans la vie, on ne doit jamais prendre trop de précautions contre un brusque mouvement de passion ou de fantaisie. Il nous semble donc que la demande de conseil par acte respectueux, constitue une condition de fond du mariage, et le Français qui se marie hors de France n'en est pas dispensé (1). « L'accomplissement des actes respectueux, dit le jugement du tribunal de la Seine, du 21 décembre 1885, n'est point exigé seulement dans l'intérêt des ascendants, et comme une des formes de l'honneur et du respect que les enfants, à tout âge, doivent à leurs parents, mais aussi comme une mesure de protection pour les enfants eux-mêmes ; le législateur français, après avoir retardé l'âge ordinaire de la capacité, en ce qui concerne le mariage, a encore voulu que les contractants fussent, à tout âge, défendus contre leurs propres entraînements, par la nécessité d'entendre les avis de leurs protecteurs naturels, et de subir certains délais utiles à la maturité de leur détermination (2). »

Nous devons ajouter que si l'obligation de demander conseil par acte respectueux à ses ascen-

(1) Cf. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 414; Varnier, *op. cit.*, p. 122-124; Despagne, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., p. 404, n° 393; Albéric Rolin, *op. cit.*, t. II, p. 55; Regnault, *op. cit.*, p. 213.

(2) V. aussi Cass., 6 mars 1837 (Sir., 1837.1.177; Dalloz, Pér., 1837.1.167); — Trib. Bruges, 3 août 1874 (*Pasicr.*; 1875.3.15).

dants, est gouvernée par la loi nationale du futur époux, les formalités extérieures de cet acte seront soumises à la loi du lieu de célébration, conformément à la règle *Locus regit actum* (1). Enfin, « lorsque l'ascendant auquel devrait être signifié un acte respectueux réside à l'étranger, et que les autorités locales refusent leur concours, en se fondant sur ce que leur législation ne prescrit pas semblable formalité, il n'y a pas lieu de dresser l'acte de notoriété prévu par l'art. 155 du Code civil, puisque l'ascendant n'est pas absent : mais le garde des sceaux a décidé, à la date du 11 juin 1894, que, en pareil cas, « le futur époux doit s'adresser au consul de France, et lui demander, en lui envoyant tous les renseignements utiles, de faire recevoir le consentement de l'ascendant au projet de mariage, à défaut de consentement, de faire dresser un acte respectueux, ou même, si, en raison de l'éloignement, ces actes ne peuvent être facilement reçus, de certifier tout au moins, en relatant cette difficulté, que l'ascendant a été informé par ses soins du projet de mariage et a été mis à même de former opposition (2) ».

Le défaut d'acte respectueux n'étant pas une cause de nullité lorsque le mariage est célébré en

(1) Despagne, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., p. 406, n<sup>o</sup> 395 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 445 ; Varnier, *op. cit.*, p. 424.

(2) Weiss, *op. et loc. cit.*, note 1. Cf. *Journ. du dr. int. privé*, 1895, p. 688.



France (1), il n'en devient pas une lorsque le mariage est célébré à l'étranger, quoique les termes de l'art. 170 aient donné lieu à des théories restrictives (2).

4° Par l'application du même principe de la loi nationale, les empêchements résultant de la parenté, de l'alliance ou du lien d'adoption, suivront les Français au delà des frontières (3). Enfin, deux Français, alliés au degré de beau-frère et belle-sœur, ou parents aux degrés d'oncle et nièce, tante et neveu, grand-oncle et petite-nièce ou grand'tante et petit-neveu, ne peuvent se marier sans avoir obtenu la dispense du Président de la République française (4).

5° Le Français ne peut se marier à l'étranger, lorsqu'il est lié dans une précédente union non dis-

(1) Cf. Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 335, p. 113 et n° 409, p. 137.

(2) V. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 415 et les décisions cités *eod. loc.*, note 2.

(3) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 411 ; Fœlix et Demangeat, *op. cit.*, t. II, p. 376 ; Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., p. 406, n° 295 ; P. Pic, *op. cit.*, p. 152 ; Varnier, *op. cit.*, p. 128. C. civ. fr., art. 161, 162 et 163.

(4) C. civ. fr., art. 164 modifié par la loi du 16 avril 1832, et Décision impériale de 1808. Weiss, *op. et loc. cit.* V. Cass., 8 novembre 1824 (*Pand. fr. chr.*, Sir. chr.) ; Trib. Seine, 4 décembre 1873 (*Journ. du dr. int. pr.*, 1875, p. 21) ; — 4 août 1880 (*Gaz. des tribunaux*, du 5 août 1880) ; Trib. civ., Draguignan, 21 août 1863 (*Journ. Marseille*, 1864.2.6).

soute (1). Même lorsqu'il se trouve dans un pays où l'absence prolongée emporte, comme au Pays-Bas, dissolution du mariage, le Français, dont le conjoint a disparu et est en état d'absence, ne peut contracter un nouveau mariage (2). « Le législateur français s'est fait du mariage une idée plus noble ; bien loin d'accorder au conjoint présent la faculté de contracter une sorte de mariage *provisoire*, blesant pour les bonnes mœurs, il considère comme bigame l'époux qui s'est remarié durant l'absence de son conjoint (3). »

6° La femme française, veuve, divorcée ou — par analogie — dont le mariage a été annulé, ne peut se remarier en pays étranger qu'après l'expiration du délai prescrit par le Code civil français (art. 228 et 296 (4)).

7° Les Français qui se marient à l'étranger, et qui

(1) C. civ. fr., art. 147 ; C. pén. fr., art. 340.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, pp. 294 et 441.

(3) P. Pic, *op. cit.*, p. 447.

(4) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 441. — L'art. 228 dispose pour la *veuve*, l'art. 296 pour la femme *divorcée*. La doctrine et la jurisprudence étendent le délai, pour identité de cause, au cas d'annulation d'un mariage putatif (Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 16, n° 45 et p. 153, n° 472). Ce délai a pris le nom de *délai de viduité*, puisque entre 1816 et 1884 le divorce étant supprimé, et comme aucun texte ne prévoit le cas d'annulation, il ne s'appliquait qu'au cas de divorce (*Ibid.*, p. 152, n° 469).

se trouvent dans les rares cas où une autorisation gouvernementale ou administrative est nécessaire, doivent observer cette condition, sous peine des sanctions instituées par la loi française (1). Sous l'ancien régime, il était défendu aux pères ou tuteurs français de consentir au mariage de leurs enfants ou pupilles en pays étranger, sans la permission expresse du roi (2).

Cette prescription n'existe plus dans le droit actuel, et heureusement, mais malgré tout il existe une certaine catégorie de fonctionnaires auxquels, dans certaines circonstances spéciales, il est imposé de demander autorisation de leurs chefs. Ainsi un décret du 19 avril 1894, dispose, dit M. Weiss : « qu'aucun

(1) Weiss, *op. et loc. cit.*

(2) La déclaration royale du 16 juin 1685 s'exprimait ainsi : « Défendons à tous nos sujets, de quelque qualité ou condition qu'ils soient, de consentir ou approuver à l'avenir que leurs enfants, ou ceux dont ils seront tuteurs ou curateurs, se marient en pays étrangers, soit en signant les contrats qui en pourraient être faits pour les dits mariages, pour quelque cause et sous quelque prétexte que ce soit, sans notre permission expresse, à peine des galères à perpétuité, à l'égard des hommes, de bannissement perpétuel pour les femmes, et de confiscation de leurs biens ; et où ladite confiscation de bien n'aurait lieu, à 20.000 livres d'amende contre les père et mère, tuteur ou curateur qui auront contrevenu. » Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, t. III, *vo Mariage*, p. 268, cité par Weiss, *op. et loc. cit.* — Les Français établis dans les Echelles du Levant furent soumis à une exigence semblable par l'ordonnance du 3 mars 1781. V. Weiss, *eod. loc.* Cf. Trib. civ. Seine, 30 décembre 1892 (*Pand. fr. périod.*, 1893.5.14).

agent ou fonctionnaire des services diplomatique et consulaire de France ne peut contracter mariage, sans l'autorisation du ministre des Affaires étrangères, à peine de mise en retrait d'emploi ou en disponibilité, et, si la future est de nationalité étrangère, exige que la demande d'autorisation soit transmise au ministère, un mois au moins avant la date de la première publication légale (1) ». Cette mesure trouve son explication dans le rapport du ministre des Affaires étrangères, dont ce décret est précédé, et dont nous citons ce passage malgré sa longueur : « La situation personnelle des fonctionnaires chargés de représenter la France au dehors est trop étroitement liée à leur mission officielle pour que le ministre n'exerce pas un contrôle sur leur mariage. La nécessité de ce contrôle apparaît tout entière quand il s'agit d'une union à contracter avec des personnes de nationalité étrangère : des considérations d'ordre politique interviennent alors, considérations souvent fort délicates et dont les agents ne sont pas toujours à même d'apprécier l'exacte valeur. Aussi est-il regrettable que, faute d'une règle précise, on se soit, depuis quelques années, habitué à considérer comme une simple formalité, comme une sorte de notification préalable, la demande en autorisation de contracter mariage. Cette façon de procéder est d'autant

(1) Weiss, *op. et loc. cit.*

plus fâcheuse que les mariages avec les étrangères sont devenus plus fréquents et que, pour ce genre d'unions, l'autorisation ne doit pas être la règle, mais l'exception. Un autre inconvénient de la pratique suivie jusqu'à ce jour est que, nul délai n'étant prévu pour l'examen des demandes d'autorisation, la plupart des agents se bornent à faire connaître au département leurs projets de mariage, alors que la date de la célébration en est déjà annoncée. Le contrôle du ministre est ainsi rendu illusoire, et son assentiment est pour ainsi dire forcé. Il peut advenir enfin que le mariage avec une étrangère soit un obstacle au maintien de l'agent, dans le pays où réside habituellement la famille de sa femme. Et dans ce cas, il importe que l'intéressé puisse être informé à l'avance de la nécessité où serait le ministre, soit de lui assigner une autre résidence, soit de le placer dans une situation d'attente prévues par le règlement (1) ».

Enfin dans le rare cas où les militaires, marins ou gendarmes, se marieront en pays étrangers, ils devront obtenir les autorisations prévues par les lois (2).

8° Enfin, n'oublions pas que, récemment encore, la jurisprudence des tribunaux français regardait l'en-

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 413, note 1.

(2) V. Décrets des 16 juin, 3 et 28 août 1808 ; Ordonnances du 29 novembre 1820 et du 20 janvier 1832 ; Circulaire du 10 janvier 1889 (art. 58) ; C. civ. fr., art. 97 et loi du 21 mars 1905 (art. 48).

gagement dans les ordres sacrés comme un obstacle dirimant au mariage. Un prêtre français ne pouvait donc pas — suivant cette opinion — se marier en pays étranger, même quand la loi de ce pays ne prévoyait aucune incapacité de ce chef (1).

Avant de terminer avec cette première hypothèse, il faut observer que, même lorsque les futurs sont parfaitement capables et remplissent toutes les conditions intrinsèques prévues par la loi française, ils seraient empêchés de conclure mariage par les autorités locales, au cas où ils se heurteraient à quelque empêchement commandé par l'ordre public international — suivant elles — mais inconnu à la législation française. Un tel mariage, conclu malgré les prohibitions

(1) Fuzier-Herman, *Du mariage des prêtres français à l'étranger* (*Revue pratique*, t. XLI, p. 409); Pasq. Fiore, *Du mariage célébré à l'étranger suivant la législation italienne* (*Journal du droit international privé*, 1887, p. 53); F. Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., p. 409, n° 395; Albéric Rolin, *op. cit.*, t. II, p. 60; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4<sup>e</sup> éd., t. III, p. 94. Cass., 23 février 1847 (Sirey, 1847.1.178; Agen, 6 juillet 1860 (Dalloz, *Suppl.*, v° Culte, n° 60); Trib. civ. Seine, 25 janv. 1865 (*Gaz. des trib.*, 26 janvier 1865); Rennes, 4 févr. 1876 et Cass., 26 févr. 1878 (Dall. Pér., 1878.1.113; *Pand. fr. chr.*; Sirey, 1878.1.241); Amiens, 30 janvier 1886 (*Pand. fr. pér.*, 1886.2.38; Dall. Pér., 1886.2.42); Trib. Seine, 29 décembre 1886 (*Journal du dr. int. pr.*, 1887, p. 66). Voy. aussi Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 57, p. 19; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 411. Cass., 25 janv. 1888 (*Pand. fr. pér.*, 1888.1.49, et la note de MM. Weiss et P. Louis Lucas; *Le Droit* du 27 janvier 1888).

locales serait nul dans le pays de célébration, mais valable en France. Ainsi un Français épiléptique ne pourrait se marier en Bulgarie (1). Un Français condamné à la prison en Suède ne pourrait pas y contracter mariage (2). En Norvège, il ne pourra pas se marier s'il n'est pas vacciné (3). En Californie, Indiana, Nebraska, Alabama, etc., il ne pourra pas épouser une négresse. Un prêtre catholique français, qui, depuis l'arrêt de la Cour de cassation de France du 25 janvier 1888, peut contracter mariage, ne le pourrait pas en Autriche, en Espagne ou en Portugal, les ordres sacrés créant dans ces pays-là un empêchement regardé comme lié à l'ordre public (4). D'autre part, si, malgré les prohibitions locales, le Français réussit à contracter mariage, l'annulation d'une telle union, réunissant toutes les conditions de fond requises par la loi française, ne pourra pas être demandée devant les tribunaux de France. C'est ainsi que jugea le Tribunal civil de Pontoise les 12, 20 juin, 4 juillet et 6 août 1884, à l'occasion d'une demande d'annulation de mariage entre un Français

(1) V. *supra*, p. 30 ; *Annuaire de législation étrangère*, 1897, p. 804.

(2) V. *supra*, p. 121 ; *Actes de la Conférence de La Haye*, 1900, p. 36.

(3) V. *supra*, p. 88 ; *Actes de la Conférence de La Haye*, 1900, p. 38.

(4) Weiss, *op. cit.*, p. 416. Pour l'Espagne, v. cependant Albéric Rolin, *op. cit.*, t. II, p. 60.



blanc et une négresse. Bien que, d'après la loi du lieu de la célébration du mariage — la Louisiane dans l'espèce — les mariages entre blancs et femmes de couleur soient nuls, un Français, de race blanche, qui y a épousé une femme de couleur, ne peut pas se prévaloir de cette nullité locale, le mariage étant valable aux yeux de la loi française (1).

## **SECTION II. — Deuxième hypothèse :**

**Deux étrangers de même nationalité se marient  
en France.**

Suivant le principe qui nous a guidé jusqu'ici, nous dirons immédiatement que les étrangers seront régis en France, quant à leur capacité matrimoniale, par leur loi nationale. Mais avant d'examiner les conséquences qui découlent de l'application de ce principe, examinons d'une manière synthétique deux cas où l'application de la loi nationale des futurs époux étrangers n'est pas possible.

### **I**

Deux Anglais se marient en France; deux Français se marient en Angleterre. Dans le premier cas, c'est

(1) *Journ. du dr. int. pr.*, 1885, p. 296.

la loi nationale des Anglais qui est applicable ; dans le second, la loi du domicile des deux Français.

Ces formules paraissent très claires, pourtant elles sont susceptibles de deux interprétations. Par la loi nationale, par la loi du domicile, par la loi du lieu dans d'autre cas, faut-il entendre les dispositions de droit interne qui régissent les Anglais en Angleterre, les Français en France ? Ou bien doit-on se référer aux règles de droit international admises par la loi étrangère, anglaise ou française, destinées à déterminer la loi compétente à l'égard de ses nationaux à l'étranger ?

Ainsi, un Anglais se marie en France, la doctrine française consacre le principe de la loi nationale : est-ce dire que le mariage de l'Anglais sera réglé par les conditions de capacité de la loi anglaise ? ou bien suivant la loi internationale anglaise, qui est celle du domicile, le mariage de l'Anglais, en France, sera réglé par la loi française, loi de son domicile ?

Un Français, domicilié aux Pays-Bas, se marie à Londres. Les lois néerlandaises lui seront-elles applicables, ainsi que le décide le droit international anglais, ou bien le droit international néerlandais imposant la loi nationale des parties, c'est la loi française qui lui sera appliquée ?

En résumé, lorsqu'on a à tenir compte d'une loi étrangère, sont-ce les dispositions de droit civil interne de cette loi qui sont applicables ou celles des

pays tiers, auxquelles il est possible qu'elle *renvoie* ?

Ainsi la Cour de Paris, par un arrêt du 23 mars 1888, autorisa le mariage d'un prêtre irlandais, car la loi de l'Irlandais *renvoyait* à la loi du domicile la loi française qui admet un tel mariage (1).

La *théorie du renvoi* est loin d'être acceptée par tout le monde, elle a trouvé dans la doctrine des adversaires considérables.

« Peu importe, écrivait le regretté professeur Labbé, que la loi étrangère n'adopte pas le même principe que la nôtre sur la détermination de la loi compétente, nous ne nous inclinons pas devant la loi étrangère pour accepter d'elle une théorie du droit des gens ; nous empruntons à la loi étrangère la solution d'un point de droit relatif au fond du litige, et nous disons à nos juges : telle est, suivant nous, la solution juste et correcte, la solution que nous vous ordonnons d'observer. »

Si un législateur proclame qu'il entend déterminer l'état et la capacité de l'étranger suivant sa loi nationale, on ne doit pas conclure que ce législateur s'en remettait sur ce point à la loi étrangère : « Chose merveilleuse, dit M. Lainé, il aurait fait une loi pour dire expressément qu'il n'en faisait point (2). »

(1) Labbé (J.-L.), dans le *Journal du droit interne privé*, 1885, p. 5 et s.

(2) Lainé, *De l'application des lois étrangères en France et en Belgique* (*Journal du dr. int. pr.*, 1896, p. 211).

« Lorsque l'on dit que le statut personnel d'un individu est déterminé par sa loi nationale, cela ne signifie pas que ce sera à sa loi nationale de déterminer quel statut personnel on lui donnera, cela signifie que les dispositions de cette loi nationale lui serviront de statut personnel. En décider autrement, c'est décider implicitement que, sur la question de détermination du statut personnel, la France est liée à la manière de voir d'un pays étranger, quand bien même cela devrait contrarier les doctrines reçues en France sur la question, et cette idée est absolument contraire à l'égalité respective, à l'indépendance des Etats dans la détermination des règles de droit international (1). »

M. Weiss, prenant pour exemple un Anglais domicilié en Italie, nous dit : « En vérité, nous avouons ne pas comprendre en quoi la dignité du législateur italien se trouvera amoindrie par l'application de la loi italienne à l'état et à la capacité d'un sujet anglais domicilié dans son ressort, à l'exclusion de la loi anglaise elle-même. Les règles que le Code civil italien a jugées propres à résoudre les conflits internationaux de législations n'en reçoivent aucune

(1) Pillet, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1894, p. 721. V. aussi Laurent, note dans Sirey, 1881.4.41 ; Lainé, *La théorie du renvoi en droit international privé* (*Revue de dr. int. pr. et de dr. pén. int.*, 1907, p. 43, 313 et 661) ; Despagnet, *op. cit.*, p. 173, n° 158 ; Surville et Arthuys, *op. cit.*, 2° éd., p. 46.

atteinte. Ces règles ont pour objet de concilier les droits de la souveraineté de la loi locale et ceux de la souveraineté personnelle de la loi à laquelle ressortit l'étranger. Mais dès que cette dernière ne réclame pas tous les avantages qui lui sont offerts, dès qu'elle s'en remet à la loi du domicile, comme à la plus convenable au litige, dès qu'elle consent à ne pas protéger elle-même son national, le rôle du législateur local n'est pas d'imposer à celui-ci une protection que son propre pays lui refuse (1). » Pourquoi faire une distinction entre le droit interne et le droit international de l'étranger ? « Le juge ne peut pas dire aux étrangers : Vous ne pouvez échapper au droit interne de votre pays. Leur tenir un pareil langage, ce ne serait plus leur accorder le bénéfice de la loi nationale (2). » Et notre maître, M. Ambroise Colin, dans une brillante défense de la théorie du renvoi (3), défense qui lui a valu l'hommage de son adversaire M. Lainé (4), s'élève également contre cette distinction : « Lorsqu'il (le législateur français) ordonne d'appliquer aux Anglais en France la loi anglaise, cela signifierait qu'il faut choisir, dans cette loi, les

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 79.

(2) Polydore de Paepe, *Etat, capacité et meubles des étrangers* (*Revue de droit international*, 1900, p. 378).

(3) Ambroise Colin, *Etude sur la théorie du renvoi*, Note sous Pau, 11 juin 1906 (D. P., 1907.2.1).

(4) Lainé, dans la *Revue de dr. int. pr. et de dr. pén. int.*, 1907, p. 663.

seules dispositions concernant le cas d'un Anglais resté en Angleterre ; il faudrait, en revanche, écarter avec soin celles des dispositions anglaises qui régissent le cas d'un Anglais domicilié en France. En d'autres termes, notre loi ne renverrait pas à l'ensemble de la loi britannique, mais exclurait certaines de ces dispositions et *précisément celles que la loi anglaise a écrites en vue de l'hypothèse présente et de la difficulté à solutionner.* » Le législateur anglais pourrait nous dire : « Vous vous adressez à moi, c'est-à-dire à l'ensemble de mes lois. Or,... j'ai deux règles : l'une pour mes sujets chez moi, l'autre pour sujets chez vous. N'est-ce pas de votre part une étrange fantaisie de choisir uniquement la première ? »

Mais, dit-on, accepter la théorie du renvoi, c'est non seulement abdiquer sa souveraineté, mais encore s'enfermer dans un cercle vicieux. Le renvoi fait par la loi anglaise, loi nationale, à la loi française, loi du domicile, a pour conséquence de rendre cette dernière applicable à l'Anglais domicilié en France : il sera donc soumis à l'art. 3, § 3, du Code civil français. Or, cet article consacre le principe de la loi nationale ; c'est donc la loi anglaise qui devra être prise en considération, en vertu de la même *lex domicilii*. Et ce petit jeu qui nous renvoie d'une loi à l'autre peut continuer indéfiniment (1).

(1) Lainé, dans le *Journal de dr. int. pr.*, 1896, p. 236 et 257.

« Il y a là, dit M. Weiss, une confusion. Lorsque la loi nationale de l'étranger, à laquelle il appartient de gouverner son état et sa capacité, délègue sa compétence à la loi du lieu où cet étranger a fixé son domicile, ce n'est pas en ce qui concerne les principes généraux applicables à la solution du conflit des lois, c'est uniquement au regard des dispositions du droit interne qui, en dehors de toute difficulté internationale, sont relatives à l'état, à la capacité des personnes, aux rapports de famille. L'intention du législateur anglais, lorsqu'il manifeste sa préférence pour la *lex domicilii*, n'a pas été bien certainement de permettre à cette loi de lui renvoyer la solution du conflit qu'il lui défère, de laisser en définitive à cette loi le choix du meilleur système de droit international privé (1). » Comme le dit fort bien M. von Bar, la nation qui en matière de conflit *renvoie* à une loi étrangère, se désintéresse de cette question : elle affranchit ses nationaux du lien d'allégeance en matière civile. Ils peuvent donc être sans inconvénients assimilés aux individus sans patrie, qui doivent être régis par la loi de leur domicile.

Ce système, consacré par la jurisprudence aussi bien en France (2), qu'en Belgique (3) et en Ita-

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 80.

(2) V. la jurisprudence donnée par M. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 84, note 1 ; v. aussi Pau, 14 juin 1906 (D. P., 1907.2.1).

(3) Weiss, *loc. cit.*, note 2.



lie(1), a été adopté par le nouveau Code civil allemand (art. 27). A côté des nécessités théoriques, des nécessités toutes pratiques ont imposé cette solution à la conférence de La Haye. « Si l'on n'adoptait pas le système du renvoi, écrit M. Asser, on exclurait probablement de l'union internationale, formée par les conventions, les Etats qui, comme le Danemark, n'ont pas encore pu se résoudre à substituer la loi nationale à celle du domicile (2). »

« Le droit de contracter mariage — dit l'art. 1<sup>er</sup> de la Convention du 12 juin 1902 — est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, *à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi.* » Et M. Renault nous fournit dans son lumineux rapport le commentaire de cette disposition dans ces termes : « Quand on dit que la loi nationale est compétente pour régler le droit de contracter mariage, on se réfère aux dispositions de cette loi sur les diverses conditions exigées. Mais il se peut faire que cette loi ne se préoccupe pas d'imposer ses prescriptions à ses nationaux qui sont à l'étranger et les laisse seulement soumis aux lois du pays où ils sont domiciliés. En pareil cas, on se conformera à la loi

(1) Cass. Florence, 1<sup>er</sup> déc. 1884 (*Ann. della Jurispr. ital.*, 1885. 1.67).

(2) T.-M.-C. Asser, *Quelques observations sur le système du renvoi* (*Documents relatifs à la 3<sup>e</sup> conférence de La Haye pour le droit international privé*, 1900, p. 182-184).

nationale elle-même des futurs époux, en appréciant leur capacité d'après la législation de leur domicile. Même il se pourrait que la loi nationale, allant plus loin encore, admît que la loi du lieu de la célébration peut régler pleinement les conditions du mariage quant au fond ; on ne saurait alors, dans le lieu de la célébration, exiger autre chose que l'observation des dispositions de la loi locale ; en agissant ainsi, on se conformera à la loi nationale elle-même, et l'on ne peut pas avoir la prétention de mieux protéger ses nationaux qu'elle ne le fait elle-même (1). »

## II

Nous avons considéré jusqu'à présent seulement les droits de l'individu. Il reste cependant à examiner également ceux de la souveraineté territoriale. Si l'Etat admet l'application de la loi nationale de l'étranger, il a le droit de repousser celles qui contredisent les bases fondamentales de son organisation. Nous voyons donc en présence deux intérêts, ceux de la société locale, l'intérêt de tous, contre l'intérêt individuel de l'étranger (2). « Puisqu'il est indispensable

(1) *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 168. — En dehors du code civil allemand (art. 37), la théorie du renvoi est consacrée expressément par l'art. 56 de la loi fédérale suisse de 1874 et par la XXXI loi hongroise de 1894, art. 108 et 116.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 83. Cf. Albéric Rolin, *op. cit.*, t. I,

aux hommes de vivre en société, il est naturel que les intérêts de cette société soient sauvegardés, fût-ce à leur détriment (1). »

Nous pouvons dire que les dispositions d'ordre général, qui s'imposent non seulement à l'observation des nationaux, mais à tous ceux qui se trouvent sur le territoire de l'Etat, sont comprises sous le nom de lois d'ordre *public international* (2).

L'ordre *public interne* exerce son influence dans l'Etat sur les sujets de cet Etat.

L'ordre *public international* apparaît dans les rap-

p. 276; A. Pillet, *De l'ordre public en droit international privé*, t. II, n° 2; Jitta, *La méthode du droit international privé*, p. 168 et s.; Lainé, *Considérations sur le droit international* (Revue crit. lég. et just. 1900, p. 356); Aubry, *De la notion de territorialité en droit international privé* (Journal du droit international privé, 1902, p. 239).

(1) Surville, *De la personnalité des lois envisagée comme principe fondamental du droit international privé* (Journal du droit international privé, 1889, p. 535).

(2) Cette expression se trouve chez MM. Charles Brocher, *Cours de droit international privé*, t. I, p. 106 et s., Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 83 et s.; Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., p. 176, n° 160. M. Olivi, dans *le conflit des lois en matière d'obligation alimentaire* (Revue de droit international, 1885, p. 57, préfère l'expression d'*ordre public universel*; enfin M. Lainé (*loc. cit.*) oppose l'*ordre public absolu* à l'*ordre public relatif*. Laurent emploie l'expression de *Lois d'intérêt général et de droit public* (*op. cit.*, t. II, p. 355). V. aussi la résolution votée à Oxford par l'Institut de droit international : « En aucun cas les lois d'un Etat ne pourront obtenir reconnaissance et effet dans le territoire d'un autre Etat, si elles y sont en opposition avec le *droit public* ou avec l'*ordre public* (Ann. Inst. dr. int., 1880, t. V, p. 57).

ports d'un individu et d'un Etat auquel il n'appartient pas par sa nationalité. L'ordre public interne a un cercle plus grand, puisque l'Etat s'intéresse de plus près de ses ressortissants. L'ordre public international a un cercle plus étroit, parce que l'Etat n'oppose ses lois à celles de l'étranger que lorsqu'elles causent un scandale ou sont une cause de désorganisation (1).

« Les mêmes éléments se trouvent généralement à la base de deux ordres publics — dit M. Ch. Brocher — : développement normal et sécurité de l'Etat, principes supérieurs de sociabilité, règles impérativement imposées par la morale ou par la religion. Ces bases communes aboutissent également à des résultats également analogues, se manifestant comme rigueurs exceptionnelles, dans l'application de certains principes. Il n'y en a pas moins là une distinction capitale à faire et à maintenir (2). » Les deux ordres publics procèdent de l'intérêt général (3), *mais*

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 85-86.

(2) Ch. Brocher, *op. et loc. cit.*

(3) M. Despagnet refuse à accepter l'*intérêt* comme point de départ de l'ordre public, et nous met en garde contre le mot *intérêt* « qui ouvre la voie à l'arbitraire et permet à l'Etat de rejeter l'application d'une loi étrangère, contrairement aux principes les plus rationnels du droit international privé, non pour faire respecter sa souveraineté, ce qui est son droit, mais pour obtenir un avantage accidentel et non toujours légitime (*L'ordre public en droit international*, dans le *Journal du droit international privé*, 1889, p. 14).

*l'ordre public international* est moins exigeant que l'autre cela est tout naturel et répond à une bonne organisation de la société, car il est clair qu'un acte accompli par un national ou par un étranger n'a pas la même importance. Exemple : Le mariage d'un Français, âgé de 22 ans, contracté sans le consentement de ses père et mère, n'est pas valable, car l'organisation sociale serait atteinte ; tandis qu'un Anglais et un Roumain, âgé de 22 ans, peuvent se passer, en se mariant en France, du consentement de leurs parents, sans que l'ordre public fût le moins du monde troublé.

On prétend venir à l'appui de cette théorie avec des textes législatifs. Ainsi les articles 6 des Codes français, luxembourgeois et belges, l'article 4 du Code roumain, l'article 14 de la loi néerlandaise du 15 mai 1829 : « On ne peut pas déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ; — et l'article 3, § 1, du Code français, reproduit par les Codes précités : « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ». Mais ces articles semblent plutôt avoir pressenti que posé la théorie de *l'ordre public international*. Le Code italien a tenté de la préciser, sans plus de succès : « Malgré les dispositions des articles précédents, dans aucun cas, les lois, les actes et les jugements d'un pays étranger et les dispositions et conventions privées ne pourront avoir aucun

effet contre les lois prohibitives du royaume concernant les personnes, les biens ou les actes, ni contre les lois d'une manière quelconque relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs (1). » L'art. 11, dernier alinéa du Code espagnol, fait le même inutile effort : « Malgré les dispositions de cet article et du précédent, les lois prohibitives concernant les personnes, leurs actes, leurs biens, celles qui ont pour objet l'ordre public et les bonnes mœurs ne perdront point leur effet, quels que soient les lois, jugements, dispositions ou conventions accordés à l'étranger (2). » Ces textes voulant être complets, n'en sont pas moins confus, et la notion de l'ordre public international ne se dégage pas, car si toutes les lois prohibitives s'appliquent aux étrangers, on ne comprend pas comment les Etats ont largement adhéré aux principes de la loi nationale (3). L'exception que les Codes italien et espagnol introduisent ainsi à la personnalité des lois « en serait la négation et contredirait toutes les dispositions précédentes » (4).

L'article 14 du projet du Code civil belge énonce que : « Il ne peut être pris égard aux lois étrangères dans le cas où leur application aurait pour résultat

(1) C. civ. ital., art 12. V. *Actes de la conf. de La Haye*, 1893, p. 65.

(2) *Actes de la conférence de La Haye*, 1893, p. 57.

(3) Regnault, *op. cit.*, p. 160.

(4) Audinet, *Le droit international privé dans le nouveau Code espagnol* (*Journal du dr. int. pr.*, 1891, p. 1119).

de porter atteinte aux lois du royaume qui consacrent ou garantissent *un droit et un intérêt social*. » Ce texte a reproduit la distinction faite par Laurent entre lois d'intérêt social et lois d'intérêt privé. Le critérium est très peu satisfaisant, car, comme le remarque fort exactement M. Pillet : « Les lois individuelles profitent à la société par l'intermédiaire de l'individu ; les lois sociales profitent à l'individu par l'intermédiaire de la société (1). »

Le nouveau Code allemand contient une règle excessive ; son article 30 prescrit que : « l'application d'une loi étrangère est exclue, lorsque cette application se heurterait contre les bonnes mœurs, ou contre le *but* d'une loi allemande ». Le *but* à préserver se rapproche, nous semble-t-il, de la conception anglaise qui subordonne ses lois à la *courtoisie internationale*, lorsque aucun intérêt n'est menacé (2).

Dégager une idée nette des différentes définitions ou des articles des Codes, n'est pas très facile. L'idée de l'ordre public n'est pas toujours le même partout. Elle change en passant les frontières, suivant les mœurs et surtout suivant les religions. « Dans ce vaste réservoir, qui est l'ordre public, sont venues s'amasser d'autres causes d'exclusion de la loi étrangère, présentées par ailleurs comme des dispositions de droit pénal et de droit public ; ce sont les considé-

(i) *Journal du droit int. privé*, 1894, p. 741.

(2) Regnault, *op. cit.*, p. 161.



rations fondées sur les différences de religion, de condition sociale... (1.) »

Ce qu'on doit redouter surtout c'est qu'il ne se constitue un système d'exceptions opposées à la loi étrangère sous prétexte d'ordre public. « L'on ne devra admettre comme lois d'ordre public, écrit M. Pillet, que celles auxquelles il sera nécessaire d'attribuer ce caractère. En d'autres termes, il ne suffira pas qu'une loi soit conforme à l'ordre public ou même propre à assurer son maintien, pour qu'elle soit réellement d'ordre public ; il faudra qu'elle soit indispensable à cet ordre public, que l'absence de ses dispositions ait pour résultat de détruire l'ordre public (2). »

Le système actuel qui permet au juge de qualifier d'*ordre public international* une disposition faite en vue des ressortissants de l'Etat, est très dangereux, car toute unité législative manque. Le fait de dire que les lois étrangères seront exclues lorsqu'elles dépasseront la limite tracée par l'*ordre public international*, n'avance à rien ; encore faut-il savoir quand on doit mettre obstacle à l'application d'une loi étrangère, et que des textes clairs nous le précisent.

Méfions-nous avant tout de l'abus de la notion d'ordre public. C'est cet abus qui fait dire à M. Baratin que la théorie de l'ordre public « n'est au fond

(1) Regnault, *op. cit.*, p. 162.

(2) Pillet, *De l'ordre public en droit international privé*, p. 18.

que le résidu continuellement diminué de l'idée tenace que les tribunaux d'un pays ne peuvent jamais appliquer au rapport de droit qu'on leur soumet, que la loi civile de leur pays, parce qu'ils considèrent cette loi, dans leur ignorance des habitudes auxquelles correspond la loi civile du voisin, comme la meilleure de toutes (1) ». C'est cet abus de l'ordre public qui a déterminé la conférence de La Haye, de prescrire l'observation de la loi de l'étranger, à moins qu'elle ne fût contraire aux dispositions de la loi locale concernant :

« 1° Les degrés de parenté ou d'alliance pour lesquels il y a une prohibition absolue ;

« 2° La prohibition absolue de se marier, édictée contre les coupables de l'adultère à raison duquel le mariage de l'un d'eux a été dissous ;

« 3° La prohibition absolue de se marier, édictée contre des personnes condamnées pour avoir, de concert, attenté à la vie du conjoint de l'une d'elles (2). »

(1) *Bartin, Les dispositions d'ordre public, la théorie de la fraude et l'idée de la communauté internationale (Revue de droit international, 1897, p. 640).*

(2) Article 2 de la convention de La Haye du 12 juin 1902.

### III

L'ordre social et le mariage étant des choses inséparables (1), toutes les lois qui règlent le mariage sont d'*ordre public interne*. Est-ce dire que toutes les conditions de fond du mariage sont aussi d'*ordre public international*? Et comment dégager des diverses dispositions l'intérêt privé des personnes et l'intérêt général?

De tout ce que nous avons dit jusqu'à présent il ressort clairement que toutes les conditions de fond du mariage ne sont pas d'*ordre public international*, car ces conditions ne sont pas toujours requises sous peine de scandale ou d'atteinte à l'ordre social. D'autre part, pour pouvoir dire lesquelles s'imposent à l'observation de tous, il vaut mieux passer en revue rapidement les diverses situations possibles ou du moins les principales.

1° Un sujet portugais âgé de 14 ans, et une fille de la même nationalité, âgée de 12 ans, peuvent-ils contracter mariage sur le territoire français? La loi française a jugé qu'il est immoral d'autoriser deux Français de se marier avant 18 et 15 ans respectivement; mais doit-elle imposer aux étrangers

(1) Regnault, *op. cit.*, p. 177.

cette disposition prise sur des considérations de développement physique et intellectuel incomplet? Quelque les circulaires ministérielles, du 10 mai 1824 et du 29 avril 1832, obligent tout étranger, même capable dans son pays, de se munir d'une dispense s'il n'a pas atteint l'âge fixé par le Code civil français, nous pensons que la seule loi compétente pour juger la majorité des forces physiques et de l'intelligence, est la loi nationale des parties. « Chaque nation est libre, en effet, de fixer le moment où elle juge ses nationaux aptes à contracter mariage (1). » « Lorsqu'elle les déclare capables de consentir au mariage et d'en réaliser la fin, l'intérêt de l'Etat sur le sol duquel elle est invoquée demeure sauf (2). »

A qui les parties doivent-elles demander des dispenses d'âge? aux autorités locales ou aux autorités de l'Etat dont la loi est appliquée? Les deux circulaires ministérielles ci-nommées exigent qu'elles soient demandées aux autorités françaises. Deux circulaires ministérielles du 26 février 1840 et du 4 juillet 1844 reconnaissent la compétence exclusive des gouvernements étrangers à l'égard des demandes de dispenses émanées de leurs ressortissants (3). Nous

(1) Varnier, *op. cit.*, p. 416.

(2) Weiss, *op. cit.*, p. 418. Cf. Laurent, *op. cit.*, t. IV, p. 551 et s.; Fiore (trad. Pradier-Fodéré), *op. cit.*, p. 180; Albéric Rolin, *op. cit.*, t. II, p. 44; Pic, *op. cit.*, p. 156.

(3) Regnault, *op. cit.*, p. 197, note 5.

pensons que cette dernière solution est la meilleure.

L'Institut de droit international a décidé à la session de Heidelberg que, « en ce qui concerne l'âge, il est nécessaire de se conformer à la loi du statut personnel : 1° du futur ; — 2° de la future ; *il n'est pas nécessaire de se conformer à la loi du lieu de la célébration* (1). La même solution fut consacrée à la conférence de La Haye (2).

2° La législation russe prévoit un empêchement spécial : elle défend à ses sujets âgés de plus de 80 ans à contracter mariage (*Zvod zak.*, t. X, 1<sup>re</sup> part., art. 4, et C. pén. russ., art. 1563 et 1564). Un sujet russe âgé de plus de 80 ans pourra-t-il contracter mariage malgré les dispositions de la loi russe ? Assurément non, car d'une part le législateur russe est meilleur juge que tous en ce qui concerne la capacité de ses sujets, et d'autre part, nous ne voyons pas quel serait l'intérêt général à l'Etat français à ce que le vieillard de plus de 80 ans puisse se marier (3).

3° Le consentement des parties est une question d'existence pour le mariage. Toutes les législations admettent que l'aliénation mentale ou l'ivresse

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1887-1888, t. X, p. 127. Cf. Guillaume, *op. cit.*, t. 269.

(2) *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 180.

(3) Cf. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 418 ; Varnier, *op. cit.*, p. 117.

rendent la volonté inexistante. Tandis que quelques-unes rattachent la folie aux maladies qui rendent incapables au mariage ceux qui en sont affligés, la plupart fondent la nullité sur le vice de consentement (1).

En France, l'aliénation mentale ou l'idiotie constitue-t-elle une nullité ayant un caractère de nullité d'ordre public international? La doctrine moderne — en grande majorité — croit que le mariage d'un aliéné, même interdit judiciairement, est possible dans les intervalles lucides (2); le fait peut donner lieu cependant à une action de nullité relative. Or, une nullité relative ne peut être considérée comme étant d'ordre public international. Nous croyons donc qu'un juge français, saisi d'une demande en nullité du mariage d'un aliéné espagnol, devra rejeter la demande, à moins que le demandeur ne prouve que le défendeur fût fou au moment précis de la conclusion du mariage, attendu que la loi applicable n'est pas la loi française, mais la loi espagnole (3).

Quant aux vices du consentement, ils sont tous régis par la loi personnelle et c'est d'après le statut de l'étranger qu'ils devront être appréciés, comme

(1) Regnault, *op. cit.*, p. 181.

(2) Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 10. V. Dalloz, *Suppl.*, *vo* *Mariage*, n° 103.

(3) P. Pic, *op. cit.*, p. 172.

se rattachant à la capacité de la personne. Un Suédois sera donc admis à demander en France la nullité de son mariage lorsqu'il a été induit en erreur par sa femme : ainsi elle avait cohabité avec un tiers antérieurement au mariage (C. civ. suéd., sect. *du mariage*, ch. XIII, § 7) (1). Certains auteurs rapportent que les Albanais ont la coutume de marier leurs filles sans leur demander le consentement (2). Un auteur de 1843 prétendait que les israélites de Pologne avaient le droit de fiancer leurs enfants sans les consulter (3). De tels mariages ne peuvent être considérés comme valables, non point au point de vue de l'ordre public, mais parce qu'il n'y a pas de mariage (4). L'erreur — sur laquelle il y a le plus de divergences entre les législations — sera toujours admise suivant la loi de l'étranger. Ainsi, il nous semble que l'erreur sur l'*aptitude morale* (qualité de prêtre) ou sur l'*aptitude physique* (impuissance) (5) dans laquelle a été induit l'un des conjoints, peut lui servir à une action en nullité quoique la doctrine

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 933, p. 394.

(2) P. Pic, *op. cit.*, p. 164.

(3) Mayer, *Le Judaïsme, ses prières, ses usages*, etc., p. 286, cité par M. Regnault, *op. cit.*, p. 181.

(4) V. Regnault, *op. cit.*, p. 181. V. Weiss, *op. cit.*, p. 576.

(5) Cf. Loi hongroise XXXI de 1894, art. 54 (*Annuaire de lég. étrangère*, 1894, p. 366) ; C. civ. suéd., sect. *Du mariage*, ch. XIII, § 8 (Lehr, *op. cit.*, n° 933, p. 394) ; C. norv. de 1887, III, 18, § 15 (*Ibid.*, n° 950, p. 400) ; décret brés. du 24 janvier 1890 (*Annuaire de lég. étrangère*, 1890, p. 927), etc.



et la jurisprudence françaises n'admettent pas ces moyens de nullité. On peut contester que l'impuissance ignorée de l'autre conjoint et antérieure au mariage puisse être invoquée par l'étranger lorsqu'elle constitue selon son statut personnel un vice au consentement, car on pourrait invoquer l'immoralité de la preuve. Cette objection aura sa raison d'être lorsque la preuve de l'impuissance sera admise selon la loi étrangère, quelque inconvenante qu'elle soit. Mais l'étranger ne pourra démontrer l'impuissance de son conjoint que selon les modes généraux de preuve organisés par la loi française. Sous cette restriction, cette action ne nous paraît pas contraire à l'ordre public (1).

4° Un Ecossais âgé de 17 ans pourra se marier sans le consentement de ses parents. De même un Suisse âgé de 21 ans révolus (2).

(1) P. Pic, *op. cit.*, p. 168-169. V. *contra* Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 576, note 1 ; Despagnet, *op. cit.*, p. 411.

(2) Pour le mariage des Suisses, v. la circulaire du ministre de la Justice, du 2 août 1884. « Les officiers de l'état civil, prescrit cette circulaire, peuvent procéder au mariage des Suisses, sans exiger le consentement préalable des parents du futur époux ou leurs actes de décès, à la condition que le futur époux produise un acte de naissance qui justifiera de son âge et un document établissant sa nationalité. Ce document sera le plus souvent un certificat délivré par la légation suisse à Paris, ou par le consul suisse le plus rapproché, légalisé par le ministère des Affaires étrangères et attestant la nationalité de l'intéressé. » *Journal du dr. int. pr.*, 1884, p. 568.

D'autre part, un Autrichien pourrait recourir à l'autorité judiciaire contre le refus injustifié de ses parents (1), et si c'est à la loi autrichienne d'indiquer l'autorité compétente, ce sera la justice française qui sera appelée à donner le consentement.

Nous estimons qu'en ce qui concerne le consentement des parents, tuteurs, de la famille ou de la justice, c'est à la loi de l'étranger qu'il faut s'adresser, car le consentement ayant pour but de compléter la capacité de futur, la loi étrangère est meilleur juge pour tout ce qui touche la capacité de ses ressortissants. De plus nous ne voyons pas quels éléments de désordre ou de scandale peut apporter le fait que le Roumain âgé de 21 ans révolus (2), majeur quant au mariage d'après sa loi, se marierait en France sans le consentement de ses parents ou sans leur adresser des actes respectueux. Du reste, la jurisprudence est formelle à cet égard. En dehors de la circulaire du 24 août 1884 précitée, nous avons les circulaires ministérielles du 26 janvier 1876 et du 10 mars 1883. « Il est inutile, dispose cette dernière, d'exiger en France des sujets italiens, majeurs quant au mariage, la preuve du consentement de leur père, mère, ou, à défaut de ceux-ci, de leurs aïeuls ou aïeules, puisque

(1) Code civ. autr., § 52 (Lehr, *op. cit.*, n° 187, p. 93).

(2) Code civ. roum., art. 131, § 1, modifié par la loi du 15 mars 1906.

la loi du royaume ne leur impose pas cette justification... (1) ».

Nous devons donc considérer comme faux le principe qui a guidé cet officier de l'état civil de Berlin qui, en 1882, exigea d'un Anglais, résidant à Berlin, une pièce établissant l'obtention du consentement de ses parents, non demandé par la loi anglaise. Cet officier de l'état civil refusa de célébrer le mariage et le tribunal de Berlin lui donna raison. Ajoutons cependant que les ministres de l'Intérieur et de la Justice ont, par une circulaire adressée aux présidents de province, en date du 25 décembre 1882, rétabli les véritables principes : « On doit, est-il dit dans cette circulaire, suivre la loi du lieu où le mariage se célèbre, pour les questions de forme ; mais, les questions de majorité, de consentement des parents, ne rentrant pas dans cette catégorie, elles doivent être réglées suivant le statut personnel des futurs époux et conformément à leur loi d'origine (2). »

Nous ne pouvons terminer mieux cette question du consentement des parents qu'en citant ces lignes de M. P. Pic : « Si les États-Unis ont supprimé ce que nous considérons comme une garantie, c'est qu'apparemment l'éducation américaine, l'habitude de

(1) *Journal du dr. int. pr.*, 1889, p. 221. Cf. *ibid.*, 1876, p. 238.

(2) *Revue d'administration*, février 1883. Cf. Stoerek et Beauchet, dans le *Journ. du dr. int. pr.*, 1883, p. 16 et note ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 449, note 2 ; Varnier, *op. cit.*, p. 424.

l'indépendance et de la responsabilité, contractée de bonne heure par l'enfant, lui donnent une sûreté de jugement que n'a pas le jeune Français ! A quoi bon, dès lors, offrir la protection de notre loi à qui n'a pas besoin de protection (1). »

Une dernière remarque : d'après ce que nous avons dit ci-dessus, il ressort clairement, qu'au cas où les parents sont d'autre nationalité que le futur, c'est à la loi de ce dernier que nous devons nous adresser pour résoudre la question en litige. C'est la loi du futur qui nous indiquera laquelle des lois du père ou de l'enfant devra être suivie.

L'Institut de droit international estima nécessaire de préciser aux sessions de Bruxelles, d'Heidelberg, de Lausanne (2), que c'est seulement la loi nationale du futur qui devait être suivie dans la question du consentement des parents ou tuteurs. A la conférence de La Haye, cette spécification ne fut pas jugée utile.

5° C'est une loi d'ordre public que celle qui interdit le mariage d'une personne dont la précédente union n'est pas dissoute (C. civ. fr., art. 147), car le Code pénal (art. 340) qualifie la bigamie de *crime*. Un conflit de législations est peu à redouter car toutes

(1) P. Pic, *op. cit.*, p. 163. Cf. Weiss, *op. et loc. cit.* ; Varnier, *op. et loc. cit.*

(2) *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1886, t. VII, p. 45 ; 1887-88, t. IX, p. 126 ; 1889, t. X, p. 75.

les nations chrétiennes prohibent un second mariage avant la dissolution du premier. Pourtant une difficulté naît avec les sujets hongrois ou danois. Nous savons que la loi hongroise a trouvé, dans le fait de l'existence d'un précédent, un double empêchement : l'un dirimant lorsque le premier mariage est valable, l'autre prohibitif lorsque le premier mariage est annulable (1). La loi danoise autorise le maintien du second mariage, lorsque le conjoint abandonné ne revendique pas ses droits ou si le divorce aurait pu être obtenu au profit de l'époux bigame au moment de la conclusion du second mariage (2). Nous pensons que la *bigamie* doit être jugée suivant la législation française, l'empêchement étant d'*ordre public international* : Un Hongrois ou un Danois, engagé dans les liens d'un précédent mariage entaché de nullité ou sujet à dissolution, ne sera pas reçu à contracter mariage en France. A plus forte raison, un Turc ne pourra invoquer sa loi personnelle pour contracter un deuxième ou troisième mariage (3).

(1) Loi hongr. XXXI de 1894, art. 12 et 21 (*Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 14 ; *Annuaire de lég. étrangère*, 1894, p. 360).

(2) *Actes de la conf. de La Haye*, 1900, p. 18.

(3) Ch. Brocher, *op. cit.*, t. I, p. 278 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 425 ; Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 33, p. 13 ; P. Pic, *op. cit.*, p. 143 ; Varnier, *op. cit.*, p. 132 ; Regnault, *op. cit.*, p. 221 ; *Journ. du dr. int. pr.*, 1888, p. 243. Une cour anglaise considérant que le mariage polygame ne peut être regardé comme un mariage, refusa de prononcer la dissolution d'un mariage mormon, pour le motif que même contracté suivant le rite mormon il n'avait pu

S'il arrivait à contracter une semblable union, celle-ci serait annulée et le conjoint bigame ou polygame poursuivi pénalement. Cependant un musulman peut arriver avec son harem, en France, sans être passible d'aucune pénalité, car ce que la loi française et toutes les lois des peuples chrétiens punissent, c'est le fait de célébrer un second mariage avant la dissolution du premier (1). De plus, le troisième ou quatrième mariage, contracté en Turquie ou autre pays musulman, peut parfaitement produire ses effets juridiques en France, quant à la puissance paternelle, quant à la filiation légitime et les droits qu'elle confère (2).

Etendant cette théorie de la bigamie, certains auteurs ont prétendu interdire le second mariage de la personne abandonnée par son conjoint absent, lorsque, bien entendu, le statut personnel de l'étranger considérerait l'*absence* prolongée comme rompant le lien du mariage (3). On a dit que puisque l'absence en droit français laisse intacts les liens du

se former (Aff. Hyde c. Hyde. *Law Reports*, t. I, *Probate, Divorce, and Admiralty Division*, 130-132). Cela cadre avec la théorie anglo-saxonne que le droit international privé serait une institution du monde chrétien. Cf. Varnier, *op. cit.*, p. 133.

(1) Planiol, *op. et loc. cit.*

(2) P. Pic, *op. cit.*, p. 145.

(3) V. Fiore, *Du mariage célébré à l'étranger suivant la législation italienne* (*Journ. du dr. int. pr.*, 1887, p. 156); P. Pic, *op. cit.*, p. 147 et s.; Albéric Rolin, *op. cit.*, t. II, p. 36.

mariage (1), la personne qui se remarierait pendant que son conjoint serait absent, se verrait punie comme coupable de bigamie. « Or, la bigamie étant un crime, — dit M. Pic, — il n'est donc pas contestable que sur ce point la loi française est obligatoire pour les étrangers (2). » Il nous semble que cette objection est loin d'être probante, car il ne faut pas oublier que, tandis que pour le mariage du *bigame* la nullité est *absolue* et peut être invoquée par tout intéressé et par le ministère public, le mariage de la personne dont le premier conjoint est absent, ne peut être attaqué en nullité que par l'*absent* lui-même. Cette nullité est *relative*, le ministère public n'a pas d'action, l'ordre public n'étant pas en jeu. De plus, « la raison pour laquelle les effets de la déclaration d'absence doivent être régis par la loi nationale, c'est que les prescriptions légales en cette matière ont

(1) V. avis du Conseil d'Etat du 17 *germinal*, an XII, 7 avril 1805) qui dit : « 2° Qu'à l'égard de l'*absence*, ses effets sont réglés par le Code civil en tout ce qui concerne les biens, mais qu'on ne peut aller au delà, ni déclarer le mariage de l'*absent* dissous après un certain nombre d'années ; qu'à la vérité plusieurs femmes de militaires peuvent, à ce sujet, se trouver dans une position fâcheuse, mais que cette considération n'a point paru, lors de la discussion du Code civil, assez puissante pour les relever de l'obligation de rapporter une preuve légale. En cet état, le Conseil estime qu'il n'y a pas lieu de déroger au droit commun, ni d'y introduire une exception que la législation n'a jamais admise ».

(2) P. Pic, *op. cit.*, p. 147.



pour but de protéger la personne de l'absent, de sauvegarder, avec ses intérêts, ceux de la famille tout entière : dispositions qui se rattachent à la loi personnelle (1) ». La question est très simple : le mariage d'un Hollandais ou d'un Allemand ayant été *légalement dissous*, que la cause de cette dissolution fût la mort, le divorce ou l'absence, l'officier de l'état civil français ne pourrait refuser de célébrer le second mariage (2).

6° Les dispositions prohibant le mariage entre parents et alliés à un certain degré sont *d'ordre public international* (3). Cette proposition doit être prise dans ce sens : la loi personnelle de l'étranger sera toujours appliquée, à moins qu'elle ne permette le mariage à un degré prohibé par la loi française. Donc, l'*ordre public international* serait lésé lorsqu'il s'agirait d'un mariage qui « bien qu'autorisé peut-être par leur loi nationale, serait un défi à la conscience publique et aux mœurs françaises (4) ». La discussion là-dessus

(1) Varnier, *op. cit.*, page 131 en note.

(2) Cf. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 394, note 3 et p. 424, note 1 ; Olivi, *Du mariage en droit international privé* (*Revue du droit international*, 1883, p. 228) et *Du conflit des lois en matière d'absence* (*Revue générale du droit*, 1888, p. 139).

(3) Laurent, *op. cit.*, t. IV, p. 523 et s. ; Fiore (trad. Pradier-Fodéré), *op. cit.*, p. 184 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 426-428 ; Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. II, p. 70 ; P. Pic, *op. cit.*, p. 149 et s. ; Varnier, *op. cit.*, p. 127 et s. ; Regnault, *op. cit.*, p. 233 et s.

(4) Weiss, *op. et loc. cit.*

est moins grande qu'on ne le pense, car étant donné le fait que tous les Codes interdisent le mariage en ligne directe à l'infini, et en ligne collatérale entre frères et sœurs (1), la question n'a d'importance qu'en ce qui concerne les collatéraux autres que frères et sœurs et les alliés.

La loi française n'autorise le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs ou entre oncles et nièces, tantes et neveux, que lorsqu'une dispense a été accordée par le président de la République (2). Se fondant sur le fait qu'un tel mariage — sans dispense — donnerait lieu à une nullité absolue, certains auteurs affirment que les mariages des étrangers entre beaux-parents ou entre parents au degré d'oncle et nièce, quoique permis par leurs lois nationales, seraient interdits, les dispositions de la loi française étant liées à l'*ordre public international*. A l'appui de cette opinion, M. Weiss observe que, « quand le législateur interdit

(1) « L'ancienne coutume des Mongols obligeait le fils à épouser les femmes de son père mort, le neveu celles de son oncle. Les Assyriens et les Perses, par aberration religieuse, épousaient leur mère. A Athènes, le mariage, avec une sœur consanguine était permis ; à Lacédémone, avec une sœur utérine ; à Alexandrie, avec une sœur germaine. La loi juive faisait au frère une obligation d'épouser la veuve de son frère : c'était la pratique du Lévirat. S'il refusait, sa belle-sœur le déchaussait devant l'assemblée des anciens et crachait devant lui en signe de mépris. » Regnault, *op. cit.*, p. 237.

(2) C. civ. fr., art. 162, 163 et 164, ce dernier modifié par la loi du 16 avril 1832.

d'une manière générale toute union entre oncle et nièce, entre beau-frère et belle-sœur, il est évident qu'il est mû, non par l'intérêt privé de ces personnes, mais par l'intérêt général dont il a la garde ; ce qui est le caractère distinctif de toute disposition d'*ordre public international*... L'étranger qui voudra épouser en France sa tante, sa nièce ou sa belle-sœur, devra donc, nonobstant la faculté que lui reconnaît à cet effet sa loi personnelle, se pourvoir d'une dispense. Cette obligation est consacrée d'ailleurs par la circulaire du garde des sceaux du 10 mai 1824, d'après laquelle, « les étrangers qui se marient en France « sont soumis, comme les régnicoles, à la nécessité « d'obtenir des dispenses, dans les cas déterminés « par le Code civil (art. 164), quand même les lois de « leur pays ne leur imposeraient pas cette obligation (1) ». Il va sans dire d'ailleurs que la dispense, étant réclamée par l'ordre public français, devra émaner du gouvernement français et non de celui de l'Etat dont les futurs relèvent (2) ». Nous demandons pardon à l'éminent professeur de ne pas être d'accord avec lui sur cette question, mais il nous semble qu'un empêchement, qui peut être levé par une dispense, ne peut pas avoir le caractère d'une disposition d'*ordre public international*. Nous ne voyons pas le

(1) Sir., 1829, 285.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 427. V. Lettres du garde des sceaux au procureur général d'Amiens, du 18 juillet 1877, et au procureur de la République à Cusset, du 26 juillet 1877 (*Journal du dr. int. pr.*,) 1877, p. 573).

désordre social et le scandale public que souleverait une union autorisée selon le Code civil allemand, la loi suisse ou la loi hongroise, et à la validité de laquelle suffit un simple acte administratif, et il nous semble que la législation d'un Etat civilisé vaut au moins autant qu'une dispense accordée par l'administration française (1). D'ailleurs, d'après les décisions ministérielles du 26 février 1840 et du 4 juillet 1844, l'étranger doit obtenir dispense, non du gouvernement français, mais du gouvernement dont il relève. Et, s'il appartient à un pays comme l'Allemagne, la Hongrie, le Portugal (pour les non-catholiques), la Suède ou la Suisse, l'étranger pourra valablement épouser sa belle-sœur.

Inversement les législations qui auront des prohibitions de parenté ou d'alliance plus étendues que celles prévues par le Code civil français, devront être respectées. Ainsi, un Russe ou un Espagnol ne pourra épouser en France sa cousine germaine (2).

Quant aux empêchements créés par le lien de l'adoption (C. civ. fr., art. 348), comme le Code civil français ne les a pas frappés de nullité, de telles

(1) Cf. P. Fiore, *Du mariage célébré à l'étranger suivant la législation italienne* (Journ. du dr. int. pr., 1887, p. 158) ; Pic, *op. cit.*, p. 153.

(2) Fiore, *op. cit.* (trad. Pradier-Fodéré), p. 186 ; Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. II, p. 4 et 77 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 428 ; Pic, *op. cit.*, p. 152.

unions ne peuvent avoir le caractère des unions *incestueuses*. Les lois relatives à l'adoption, n'ayant pas le caractère d'*ordre public international*, les empêchements qui en résultent doivent être déterminés par la loi personnelle de l'étranger (1).

7° La jurisprudence des tribunaux français essaie de créer une disposition d'ordre public, du *délai de dix mois*, imposé aux femmes veuves ou divorcées après la mort du mari ou après la transcription du jugement de divorce à l'état civil (2). « On objecte à tort, dit l'arrêt de la Cour de Paris, en date du 13 février 1872 (3), que la prohibition de l'article 228 doit fléchir devant le statut personnel étranger, parce que la législation formatrice de ce statut (4) ne serait pas contraire aux vues de la loi française sur la nécessité de prévenir les confusions de part, mais aurait pourvu à cet intérêt de la constitution de famille par d'autres moyens. Sur ce point, les conditions de l'ordre public en France dépendent uniquement des règles souveraines de la loi française. Les tribunaux ne sauraient chercher d'équivalent à la sagesse de

(1) P. Pic, *op. cit.*, p. 154.

(2) Cf. Brocher, *op. cit.*, t. I, p. 277 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 424 et 425 ; Albéric Rolin, *op. cit.*, t. II, p. 74.

(3) Sir., 1873, 3, 112 ; Dall. pér., 1872, 2, 160 ; *Journal du dr. int. pr.*, 1874, p. 31.

(4) La législation de Francfort dans l'espèce.

ces règles dans les dispositions du droit étranger. Une prohibition d'ordre public, clairement exprimée par nos lois, exclut d'une manière absolue tout ce qui tend, pour quelque cause que ce soit, à l'enfreindre. »

La prohibition des articles 228 et 296 du Code civil français serait d'*ordre public international*, reposant avant tout sur un *motif de décence* (1).

Cette affirmation ne nous semble pas convaincante. Le délai de dix mois ne repose pas *avant tout* sur un motif de *décence* ; il a pour motif *surtout* le désir d'éviter une *confusion de part* (*turbatio sanguinis*). Le motif de *décence* pourrait être admis à la rigueur dans le cas où la femme accouche pendant le délai de dix mois. A vouloir l'étendre aux autres cas, ce serait obliger le veuf à rester également en état de célibat pendant dix mois ; d'autre part, en ce cas, on ne comprend pas pourquoi les femmes divorcées ou dont le mariage a été annulé ne peuvent pas se remarier immédiatement après la dissolution du premier mariage (2). De plus, il ne faut pas perdre de vue que cet empêchement est simplement *prohibitif*. Or, nous ne voyons pas comment un empêchement prohibitif pourrait avoir le caractère d'une disposition d'*ordre public international* (3).

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 424.

(2) Planiol, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., t. III, n<sup>o</sup> 46, p. 16.

(3) P. Pic, *op.<sup>1</sup> cit.*, p. 141. Cf. Laurent, *op. cit.*, t. IV, p. 589 ;

C'est donc la loi étrangère qui sera appliquée (1). L'exigence du délai de viduité — expose le garde des sceaux dans une lettre au procureur général de Pau, en date du 30 novembre 1898 — est une conséquence de la présomption de légitimité établie en faveur de l'enfant né dans les dix mois qui suivent la dissolution du premier mariage, « mais cette présomption ne se réfère qu'à l'enfant dont le statut personnel est régi par la loi française ; la filiation de l'enfant étranger est déterminée par les présomptions de la loi de son pays et l'inobservation du délai de dix mois ne peut, lorsque ce délai n'est pas prescrit par la loi étrangère, avoir aucune conséquence à son égard » (2).

8° Une question longuement discutée, avant la loi du 27 juillet 1884 qui a rétabli le divorce en France, fut celle de savoir si l'étranger, dont le mariage a été légalement dissout par le divorce dans son pays, de-

Fiore, dans le *Journal du droit international privé*, 1886, p. 168 ; Bressolles, *op. cit.*, p. 21 ; Regnault, *op. cit.*, p. 247.

(1) Les femmes veuves ou divorcées néerlandaises, suissesses, mexicaines, ne pourront se marier avant 300 jours ; les espagnoles, brésiliennes, grecques, allemandes, roumaines, serbes, autrichiennes, etc., pourront se remarier après l'accouchement, dans l'intervalle des 300 jours. Une Anglaise, veuve, pourrait se remarier immédiatement après la mort de son mari (v. Lehr, *Marriage et divorce*, n° 1060, p. 455).

(2) *Journal du droit international privé*, 1899, p. 218, 219 et note.



vait être admis à contracter en France une nouvelle union.

Ceux qui étaient contre le second mariage de l'étranger objectaient que la loi du 8 mai 1816, qui avait aboli le divorce, ayant été dominée par des considérations morales et sociales, l'ordre *public international* s'opposait à ce qu'un divorce prononcé en pays étranger puisse produire ses effets en France et que l'étranger ait la faculté de contracter une nouvelle union (1). A plus forte raison, les tribunaux français auraient rejeté une demande en divorce faite par l'étranger se fondant sur la loi nationale (2).

(1) Demangeat, sur *Fœlix*, t. I, p. 68, note *a*; Cour de Paris, 30 août 1824; — 28 mars 1843 (Sir., 1843, 2, 566); — 4 juillet 1859 (D. P., 1859, 2, 153); C. de Douai, 8 janvier 1877 (D. P. 1878, 1, 340).

(2) L'arrêt de la Cour de Paris, du 2 août 1866 (D. P., 1867, 2, 41), statuait que : « Attendu qu'on ne saurait assimiler une demande nécessitant l'application par le juge français d'une loi étrangère contraire à la loi française, à l'action d'un étranger qui, après avoir fait fixer par les tribunaux de son pays un état que la loi française ne lui aurait pas reconnu (par exemple, état d'époux divorcé), ne demanderait à la justice française que d'apprécier les conséquences de cet état judiciairement déclaré. » Selon Merlin (Répertoire, v° *Divorce*, section 3), le tribunal français pouvait prononcer le divorce entre deux étrangers suivant leur loi personnelle. Troplong invoquait en ce sens le fait que, sous l'ancien régime, les tribunaux français statuaient sur le divorce des Juifs en cas de contestation. V. sentences du Châtelet, 10 mars 1779 (Pic, *op. cit.*, p. 216; v. *contra*, Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 423 et 593). « Pourquoi admettre, dit M. Pic, un système moins libéral alors que le catholicisme a cessé d'être religion d'Etat? » (*eod. loc.*). — La Convention de La Haye du 12 juin

La question nous semble être mal posée. Lorsqu'un étranger, ayant obtenu le divorce dans son pays, se présentait en France pour contracter un nouveau mariage, la loi française n'avait point à remonter dans son passé, mais devait prendre son état et sa capacité tels qu'ils étaient à ce moment. « Or, si nous défendons à l'individu divorcé dans son pays de contracter une nouvelle union, l'intérêt général se trouvera deux fois lésé, d'une part par la dissolution de son mariage, qui est un *fait accompli*, et contre laquelle, qu'il le veuille ou non, sa loi nationale lui interdit tout recours ; de l'autre, par la prohibition de la loi française, qui le vouerait au célibat. De ces deux maux, il faut choisir celui qui ne peut être évité,

1902, pour régler les conséquences de lois et de juridiction en matière de divorce et de séparation de corps, a pourtant décidé que : « Les époux ne peuvent former une demande en divorce que si leur loi nationale et la loi du lieu où la demande est formée admettent le divorce l'une et l'autre » (art. 1<sup>er</sup>). Les étrangers devront donc s'adresser à leur juridiction nationale. « Il ne faut pas se dissimuler, a déclaré M. Renault, qu'en fait ce ne leur sera pas toujours aussi aisé, pour divers motifs : les procès relatifs à des incidents qui se sont passés peut-être fort loin du lieu où siège le tribunal sont longs et coûteux, outre que les conditions d'une bonne administration de la justice sont difficilement remplies. De plus, les parties trouveront-elles toujours une juridiction compétente dans leur patrie, qu'elles auront quittée depuis longtemps ? » Cette observation, si remarquablement juste, n'a pas, malheureusement, convaincu la conférence (v. *Actes relatifs à la 3<sup>e</sup> conférence de La Haye pour le droit international privé*, 1900, p. 207 et 208.

c'est-à-dire celui qui résulte du divorce, définitivement prononcé en pays étranger, en dehors de l'action de nos lois, et écarter l'autre, en permettant à l'étranger divorcé de se créer une nouvelle famille, pour remplacer celle qu'il a perdue. L'*ordre public international* ne s'opposait donc pas à son mariage en France (1)... » Du reste, déjà avant la loi du 27 juillet 1884, la Cour de cassation, par deux arrêts — le premier du 28 février 1860 (2) et le second du 15 juillet 1878 (3), — avait permis le mariage de l'étranger après divorce légalement prononcé dans son pays d'origine (4).

9° Les étrangers auxquels leur loi nationale impose, lorsqu'ils se marient à l'étranger, une autorisation de leur chef d'Etat, ne pourront pas contracter mariage sans cette autorisation (5). Du reste, cette

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 423.

(2) Cet arrêt fut rendu sur les conclusions conformes du procureur général Dupin (D. P., 1860, 1, 57).

(3) D. P., 1878, 1, 340.

(4) Cf. Orléans, 19 avril 1860 (D. P., 1860.2.82); Amiens, 15 avril 1880 (*Journal du dr. int. pr.*, 1880, p. 298); Cass. Belg. 9 mars 1882 (*Pasic.*, 1882, I, 62); Rome, 29 octobre 1884 (*Journal du dr. int. pr.*, 1886, p. 620 et s.); Turin, 10 juin 1885 (*ibid.*, 1886, p. 620); Milan, 29 octobre 1887 (*ibid.*, 1889, p. 168); Venise, 20 juin 1888 (*ibid.*, 1889, p. 910); Bruxelles, 17 avril 1889 (*ibid.*, 1890, p. 724); Rome, 4 avril 1891 (*ibid.*, 1894, p. 182); Cass. Turin, 23 mars 1893 et 9 décembre 1893 (*ibid.*, 1902, p. 441); Trib. Liège, 13 novembre 1897 (*ibid.*, 1898, p. 182).

(5) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 420 et note.

question était intéressante avant la loi allemande d'empire du 6 février 1875, lorsque la nécessité d'une autorisation gouvernementale était imposée aux sujets de Bade (C. civ. bad., art. 23), de Bavière (Ordonnance du 12 juillet, §§ 16 et 17), de Wurtemberg (Loi du 4 septembre 1808), pour contracter mariage en pays étranger (1).

La question est tout autre lorsque cette autorisation est exigée seulement à certaines personnes. Ainsi presque toutes les législations monarchiques défendent aux princes appartenant à la famille souveraine de se marier sans l'autorisation du souverain de l'Etat, chef de famille. Nous pensons que l'officier de l'état civil français doit célébrer ce mariage même en cas où un prince étranger viendrait à se marier en France sans pouvoir produire une telle autorisation (2). La législation française ignore les distinctions de rang, elle n'a pas à s'occuper des prescriptions du droit public étranger, mais elle considère tous les étrangers au point de vue seul de leur droit privé personnel. Du reste, chacun des Etats

(1) Le tribunal civil de Bordeaux a reconnu, par jugement du 18 janvier 1882, la nullité d'un mariage contracté par deux Bava-rois en Espagne, en 1835, sans l'autorisation de leur souverain. Il a permis pourtant à la veuve — de bonne foi — de bénéficier de l'application de la théorie du mariage putatif (*Journ. du dr. int. pr.*, 1882, p. 539). V. aussi lois bava-roises du 16 avril 1868 et du 23 février 1872.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 421; Varnier, *op. cit.*, p. 437.

monarchiques fait de cette disposition un empêchement d'*ordre public interne* : En Italie ou en Roumanie, la défense ne concerne que les princes des familles royales italienne ou roumaine ; les princes des maisons d'Autriche ou de Russie ne seront pas obligés de produire une telle autorisation lorsqu'ils sa marieront sur le territoire italien ou roumain.

C'est ainsi qu'en Angleterre le *Royal marriage Act* interdit — sauf certaines exceptions — aux descendants de George II, de se marier sans le consentement préalable du souverain. Pourtant un descendant de George II a pu contracter mariage en Italie, sans avoir le consentement préalable, quoique le Code civil italien édicte dans son art. 69 que les princes et les princesses de la maison royale *italienne* ne peuvent se marier sans l'autorisation du roi (1). Le distingué conseiller à la Cour d'Appel de Bucarest, M. Busdugan, écrit à ce sujet : « La constitution roumaine, notre droit public et nos lois civiles ne reconnaissent nulle part des distinctions de races ou de classes, tous sont égaux devant nos lois, les princes de sang royal comme les simples mortels... » Et pourtant il conclut plus loin : « Il n'y a que les membres de notre famille royale qui en sont exceptés (2). »

(1) V. *Sussex Peerage case*, Clarke et Finnely's, Reports, t. II. Cf. Regnault, *op. cit.*, p. 290 ; Varnier, *op. cit.*, pp. 136 et 137.

(2) C. N. Busdugan, *Du mariage des Roumains à l'étranger et des étrangers en Roumanie*, p. 183.

Un tel mariage, célébré en France, sera valable quelquefois comme mariage morganatique, mais risque souvent d'être annulé par les autorités du pays auquel appartient le prince (1).

Cependant, M. Pic croit que les princes appartenant à des familles régnantes ne peuvent contracter mariage sur le sol français sans autorisation préalable de leur chef de famille : « Les mariages princiers, dit-il, n'intéressent pas seulement une famille, mais un Etat ; une famille royale ne s'appartient pas à elle-même, elle se doit à la nation ; les mariages de ses membres sont moins des contrats de droit privé que des actes *politiques* qui doivent être délibérés comme affaires d'Etat, parfois même soumis à la ratification des assemblées législatives, car ils peuvent cimenter des alliances ou entraîner des ruptures entre gouvernements. Sans doute, le jugement d'un tribunal français validant le mariage d'un prince étranger, malgré le défaut d'autorisation de son souverain, n'aurait pas pour effet de conférer

(1) C'est ainsi que le mariage de ce prince de la famille royale de Grande-Bretagne, valablement conclu en Italie, fut annulé en Angleterre (*Sussex Peer. case*). Suivant M. Fiore : « Un prince étranger s'est... marié sans l'autorisation du souverain, et l'action en nullité est intentée devant un tribunal italien. Il faut reconnaître que les juges italiens ne pourront se refuser à accueillir la demande, et à y faire droit... Force est bien de subir certaines nécessités, qui sont la conséquence de la constitution publique des Etats ». P. Fiore, *Du mariage célébré à l'étranger suivant la législation italienne* (*Journal du dr. int. pr.*, 1887, p. 57).

aux enfants qui naîtraient de cette union, nulle aux yeux de l'Etat étranger, des droits de succession au trône, il légitimerait seulement le mariage comme contrat de droit privé; malgré cela, la *courtoisie* internationale et l'intérêt que nous avons à entretenir de bonnes relations avec les Etats étrangers exigent l'annulation de semblables mariages, par application de la loi étrangère. C'est seulement au cas où le statut étranger maintiendrait comme mariages *morgantiques* ces unions clandestines, qu'il ne pourrait être question en France d'annuler le mariage (1). »

1° Dans le même ordre d'idées beaucoup d'auteurs affirment que les empêchements basés sur les vœux religieux, les différences de religion, les condamnations pénales, l'état militaire, les infirmités ou maladies, les châtiments de célibat, les différences de race ou de couleur, doivent être regardés en France comme contraires à l'ordre *public international*. Un moine espagnol pourra donc se marier valablement en France (2). Un Autrichien catholique pourra épouser une Autrichienne juive (3).

(1) P. Pic, *op. cit.*, p. 180.

(2) C. civ. esp., art. 83. Les prêtres et les moines sont incapables de contracter mariage en Autriche, en Espagne, en Hongrie, au Pérou, au Portugal. En Russie et dans les autres pays orthodoxes, l'interdiction atteint les moines, les prêtres après leur confirmation, et les différents dignitaires de l'Eglise orientale.

(3) C. civ. autr., § 64. V. ci-dessus, p. 16 et note 6.



Un Serbe orthodoxe épousera sans difficulté une Serbe musulmane (1). De même un Suédois qui a abjuré sa foi pourra contracter mariage (2). Un nègre de l'Etat de Texas épousera sans aucune opposition de la part de l'officier de l'état civil français, une Américaine de race blanche (3). Enfin, un Suédois ou un Américain de l'Etat de New-York, condamnés dans leurs pays à la peine de mort civile, ne seront pas empêchés de se marier en France (4).

Les autres prohibitions, n'ayant pas ce caractère, empêcheront les étrangers de se marier contre les dispositions de leur loi personnelle.

En ce qui concerne les prohibitions d'ordre religieux, la Conférence de La Haye n'a pas fait une œuvre sérieuse. Tirillée entre les Etats qui admettent une religion d'Etat et contiennent dans leurs législations des dispositions d'ordre religieux, et les Etats qui se sont soustraits à l'influence du droit religieux, la conférence a voté des articles qui donnent satisfaction et aux uns et aux autres, mais qui ne font pas avancer l'unification des règles du conflit des lois.

Tandis que l'art. 2, dernier alinéa, dispose qu' «... aucun Etat contractant ne s'oblige à faire

(1) C. civ. serbe, art. 79. V. ci-dessus, p. 117.

(2) V. Weiss, *op. cit.*, t. III, pp. 383 et 422.

(3) V. ci-dessus, p. 50. cf. Trib. civ. de Pontoise, 6 août 1884 (*Journ. du dr. int. pr.*, 1885, p. 296).

(4) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 422 ; Despagnet, *op. cit.*, n° 397 ; Pic, *op. cit.*, p. 177 ; Varnier, *op. cit.*, p. 139.

célébrer un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle religieux, serait contraire à ses lois », il finit par dire que « la violation d'un empêchement de cette nature ne pourrait pas entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui où le mariage a été célébré ». Même divergence à l'art. 3 : « La loi du lieu de la célébration peut permettre le mariage des étrangers nonobstant les prohibitions de la loi indiquée par l'article 1<sup>er</sup> (la loi nationale), lorsque ces prohibitions sont exclusivement fondées sur des motifs d'ordre religieux.

« Les autres Etats ont le droit de ne pas reconnaître comme valable le mariage célébré dans ces circonstances. »

Le moine espagnol, marié en France, verrait ses enfants, légitimes en France, considérés comme bâtards en Espagne ou même en Autriche. En échange, un prêtre français, marié à Vienne, sans que l'officier d'état civil autrichien connaisse sa qualité de prêtre, ne risque pas de voir annuler son mariage par les tribunaux français, allemands, suisses ou roumains qui permettent ces sortes de mariages. Nous voudrions qu'on respectât un peu plus la loi personnelle de l'étranger. De même que les Etats religieux ne devraient pas imposer leurs dispositions d'ordre religieux aux étrangers, les autres, comme la France, devraient respecter les empêchements des lois étrangères sans mettre en avant l'*ordre public international*.

« Est-ce dire, écrit M. Regnault, que le refus d'un officier de l'état civil français de procéder au mariage d'un moine espagnol est un acte incompatible avec l'esprit du droit français? Et ne voit-on pas que *ce refus est fondé* non sur la qualité de religieux, mais *sur sa qualité d'étranger*, si bien que l'officier d'état civil français ne ferait aucune difficulté de célébrer le mariage de la même personne, si elle change de nationalité... Un moine espagnol veut contracter mariage en France. S'il n'abandonne pas la nationalité espagnole, c'est qu'il conserve le projet de retourner en Espagne, et de ne pas considérer son mariage comme un contrat sérieux dont il puisse se prévaloir dans sa patrie. Qu'on lui permette de se marier en France au nom de la liberté de conscience, il pourra, à son gré, se jouer et des lois espagnoles et des lois françaises. La durée de son engagement pourra être celle d'un voyage d'Hendaye à Irun. Celui qui, après avoir accepté une loi comme la sienne, ne veut plus ni la suivre, ni la rejeter, mais cherche dans la fraude les moyens de s'y soustraire, est mal venu à se réclamer des principes de la liberté de conscience. Les principes religieux sont respectables au même titre que le scepticisme... (1). »

(1) Regnault, *op. cit.*, p. 262 et 264.

**SECTION III. -- Troisième hypothèse : Mariage entre Français et étrangers ou entre étrangers de nationalité différente.**

Nous avons supposé que les futurs sont tous deux de même nationalité, et nous avons affirmé que la loi française suit les Français qui se marient à l'étranger en ce qui concerne leur capacité matrimoniale. Inversement, les étrangers — à part certaines dispositions d'ordre public : mariage antérieur non dissous, degré de parenté prohibé, etc., — doivent observer les dispositions de leur loi personnelle.

Mais, que faudra-t-il décider si les deux futurs sont de nationalité différente, ou l'un Français et l'autre étranger ? Devra-t-on observer seulement la loi du mari ? ou le mariage ne pourra être célébré que lorsque chacune des parties sera capable au regard de sa loi nationale ?

Si nous prenons, pour déterminer les conditions intrinsèques, la loi du mari, la solution a l'avantage de soustraire le mariage aux différents empêchements édictés par la loi de la femme (1).

(1) Cour de Lucques, 9 avril 1891 : « Lorsque les deux parties sont de nationalité différente, la loi seule du mari doit être appliquée. » (*Annali di giurisprudenza italiana*, xxv, 3<sup>e</sup> part., p. 340. Cf. Arrêt du *Reichsgericht*, du 13 février 1900 (*Journal du dr. int. pr.*, 1902, p. 862) ; Trib. Anvers (*Pasier.*, 1902, III, p. 256).

La loi hongroise sur le mariage applique partiellement cette théorie : « Lorsqu'un citoyen hongrois contracte mariage avec une étrangère, soit à l'étranger soit en Hongrie, la validité du mariage devra être jugée selon les lois hongroises, excepté l'âge et la capacité de l'épouse (1). »

Cette théorie peut se soutenir de cette manière. Le mariage crée une famille nouvelle qui par sa nationalité appartiendra à celle du mari : la femme acquiert la nationalité de son mari (C. civ. fr., art. 12 et 19), les enfants celle de leur père. Le mariage n'intéresse donc que l'Etat du mari, qui devra prendre toutes les mesures de protection qu'il jugera nécessaires, tandis que l'Etat auquel appartient la femme n'a plus aucun intérêt à surveiller le statut d'une personne qui quittera bientôt son organisation (2).

M. von Bar fait une distinction suivant que l'empêchement au mariage procède de l'intérêt général, celui de la famille et celui de l'Etat auquel ressortiront les époux et les enfants à naître de ce mariage, ou suivant que l'empêchement est prévu dans l'intérêt de l'individu seul.

Pour le premier, on appliquera la loi du mari exclusivement. Pour le second, la loi de la femme sera

(1) Loi hongr., XXXI, art. 189 (*Annuaire de lég. étrang.*, 1894, p. 277).

(2) Cf. von Savigny, *op. cit.*, t. VIII, p. 325 ; von Gerber, *System des deutschen Privatrechts*, n° 32.

également prise en considération (1). Cette distinction est arbitraire et difficile à préciser. Comment distinguer l'intérêt de l'Etat de l'intérêt des particuliers? A la session de l'Institut de droit international, tenue à Bruxelles, en 1885, MM. von Bar et Brusa déposèrent un projet de conclusions où domine le même esprit. Nous lisons au n° 5 : « L'officier de l'état civil d'un pays quelconque procédera à la célébration du mariage, si le mariage n'est pas prohibé par la *loi nationale du mari*.

« Toutefois, l'officier doit observer de même :

« Quant à la fiancée, la loi nationale de celle-ci et la loi du lieu de célébration en ce qui concerne l'âge requis pour la célébration du mariage; et encore la loi nationale de la fiancée, en ce qui concerne le consentement nécessaire des parents ou tuteurs (2). »

L'idée est reprise à la session de Heidelberg où M. von Bar dit dans son rapport que « pour l'application de ce principe il faut qu'il y ait préalablement mariage, c'est-à-dire que si, *après* la célébration d'un mariage valable, l'épouse est sujette à la loi nationale du mari, il ne serait pas vrai de dire que, pour entrer en mariage, la *capacité*, qui est le fondement de cette sujétion soit déjà régie par la loi nationale

(1) L. von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Hannover, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 451.

(2) *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. VIII, 1886, p. 68.

du mari seul. La capacité de la femme doit être appréciée selon la loi nationale de celle-ci. D'autre part, en admettant que la femme soit libre de changer de nationalité en se mariant, il n'y a pas de raison d'*ordre public* de déclarer nul le mariage, si tout en n'étant pas valable d'après la loi nationale d'origine de la femme, ce mariage est valable d'après la loi nationale du mari. Par conséquent, si le mariage prohibé selon la loi nationale d'origine de la femme, eu égard à l'affinité des futurs conjoints, par exemple, est admis par la loi nationale du mari, *même l'Etat* auquel appartenait auparavant la femme n'aurait plus de raison de considérer ce mariage comme non valable ; la femme étant devenue étrangère, la loi d'origine de la femme n'a plus de raison de tenir ce mariage pour non existant ou nul ainsi que tout autre mariage contracté entre des étrangers qui ne séjournent que temporairement dans son territoire. Mais cette considération ne touche pas au *droit privé* de la femme même et de ses parents ou tuteur. Ainsi la femme et ses parents et tuteur doivent conserver, malgré la loi nationale du mari, le droit de demander la nullité, si celle-ci était fondée sur un vice ou défaut de consentement (1) ».

Malgré tout, nous ne voyons pas la base de cette

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. IX, 1887-88, pp. 77 et 78.



distinction. De plus, ce système est terriblement compliqué, et s'il était jamais admis, nous verrions les deux lois, celle du mari et celle de la femme, se contester et empiéter chacune sur le terrain dévolu à l'autre.

Il ne faut pas oublier qu'avant de contracter mariage, la femme est toujours liée à sa loi personnelle. Donc jusqu'au moment de la célébration du mariage, c'est la loi nationale de la femme qui imposera à la femme les conditions intrinsèques. « ...Bien que la femme acquière par le mariage la qualité de citoyen du pays du mari et le domicile du mari, dit M. Fiore, néanmoins on doit statuer sur sa capacité de s'unir par le mariage d'après sa propre loi personnelle et non d'après celle qui devient la loi régulatrice de la famille et qui doit régler dès lors la capacité de la femme après le mariage. C'est qu'en effet, la femme ne perd sa propre qualité de citoyen et son propre domicile, qu'à la suite et comme conséquence du mariage (2). »

A la session de Lausanne, l'Institut de droit international revient sur l'erreur commise aux précédentes sessions, et dans le règlement définitif nous lisons : « ... il faut que le futur et la future se trouvent dans les conditions prévues par leur loi nationale respective... (1) » La conférence de La Haye vota, en

(1) Fiore, *op. cit.* (trad. Antoine), 3<sup>e</sup> éd., t. II, p. 8.

(2) *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1887-1888, t. X, p. 76, art. 5.

1900, le texte suivant : « Art. 1<sup>er</sup>. — Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux (1). »

Le mariage entre personnes de nationalités différentes « ne pourra être célébré qu'autant que chacune des parties aura justifié de son entière capacité, au regard de la loi qui la régit (2) ».

En ce sens, nous avons la loi belge du 20 mai 1882, qui dispose dans son article unique, § 6, que « la capacité de la femme étrangère est réglée par son statut personnel (3) » et la circulaire du ministre des Affaires étrangères de la Belgique qui écrit aux agents diplomatiques et aux consuls belges que : « La question de savoir si les parties ont l'âge requis pour se marier, si elles ont besoin du consentement de leurs ascendants ou de toute autre autorité, devra être appréciée pour le futur d'après la loi belge, et pour la future d'après la loi en vigueur dans sa patrie (4). » La loi et la circulaire prévoient le cas d'un Belge épousant une femme étrangère.

Pour toutes les autres questions, et pour tout ce

(1) Ce texte est celui de la *Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matière de mariage*.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 428. Cf. Olivi, *Du mariage en droit international privé*, dans la *Revue de droit international*, 1883, p. 209 et s., 357 et s.)

(3) Baron Guillaume, *op. cit.*, p. 330-331.

(4) *Ibid.*, p. 333-334.

qui touche aux conflits de lois, nous n'avons qu'à nous adresser aux deux sections précédentes.

**SECTION IV. — Des certificats établissant la capacité matrimoniale des étrangers.**

Nous avons vu que le principe d'après lequel on applique à l'étranger sa loi personnelle domine actuellement le droit international privé. Il y a cependant une difficulté qui naît à l'occasion de l'application d'une loi étrangère : comment l'officier de l'état civil requis de célébrer un mariage, comment le juge saisi d'une demande en nullité, ou du refus opposé par l'officier, pourront-ils connaître la capacité matrimoniale des étrangers ?

En France, une circulaire du ministre de la Justice, du 14 mars 1831, recommande aux officiers municipaux « d'exiger de tout étranger, non naturalisé, qui voudra désormais se marier en France, la justification, par un certificat des autorités du lieu de sa naissance ou de son dernier domicile, qu'il est apte, d'après les lois qui le régissent, à contracter mariage avec la personne qu'il se propose d'épouser (1) ». Cette circulaire prise à la lettre est critiquable à beaucoup de

(1) Sir., 1836.2.342.

points de vue, car elle invite l'étranger à s'adresser aux autorités de son pays, sans désigner l'autorité compétente. D'autre part, l'étranger qui veut contracter mariage en France, peut se voir refuser le certificat demandé par la circulaire du 14 mars 1831, par les officiers publics du lieu de sa naissance ou de son dernier domicile, et se trouver dans l'impossibilité de fournir à l'officier d'état civil français la justification de sa capacité matrimoniale (1). En théorie, cette circulaire crée un empêchement nouveau et des plus vexatoires.

En pratique, il y a des tempéraments. Lorsque l'affaire arrive devant les tribunaux — car la circulaire reconnaît qu'« en cas de contestation, les tribunaux seront appelés à statuer » — l'étranger est dispensé de produire un certificat de capacité, mais peut établir cette capacité par tous les moyens en son pouvoir (2). D'autre part — avant d'arriver devant les tribunaux — on a cherché de suppléer à l'absence du certificat par d'autres formalités. C'est ainsi que, dans une lettre adressée le 7 juillet 1835 à un maire de son ressort, le procureur du Roi, près du tribunal de la Seine, écrivait « que, à défaut d'un

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 432 ; P. Pic. *op. cit.*, p. 126.

(2) Trib. civ. Rouen, 26 janvier 1842 (Dalloz, *Répertoire*, v° *Mariage*, n° 358) ; Caen, 16 mai 1846 (*Rev. arr. Caen*, 1846, p. 299). V. également plusieurs circulaires et lettres du garde des sceaux, à des différents procureurs de la République (v. *Journal du dr. int. pr.*, 1876, p. 237 et 1895, p. 691).

certificat d'aptitude, par suite du refus des autorités du lieu de la naissance ou du dernier domicile, de délivrer une telle attestation, on pourrait y suppléer par un *acte de notoriété* sous forme indiquée dans l'article 70 du Code civil; cet acte devant d'ailleurs être soumis à l'homologation du tribunal, s'il était en même temps destiné à tenir lieu de l'acte de naissance que les parties n'auraient pu produire (art. 72, Code civil) » (1).

Deux mesures analogues furent prises dans d'autres pays.

En *Allemagne*, le § 1315 du nouveau Code civil réserve aux législations des Etats confédérés l'application des lois concernant les certificats d'aptitude matrimoniale des étrangers (2). Pour la Prusse nous avons l'ordre du cabinet du 28 avril 1845 et la loi prussienne du 13 mars 1854 (3). Pour le royaume de Bavière, c'est la loi bavaroise du 16 avril 1868 qui dispose (4). Pour le grand-duché de Bade, c'est la loi badoise du 9 décembre 1875, art. 14 (5). Une loi pour l'Alsace-

(1) P. Pic, *op. cit.* p. 127.

(2) V. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 433 et note 2. Cf. *Journal du dr. int. pr.*, 1893, p. 257.

(3) Weiss, *op. et loc. cit.*; Varnier, *op. cit.*, p. 143; Regnault, p. 122. M. Guillaume cite également une loi du 31 mars 1864 (*Le mariage en dr. int. pr.*, p. 371).

(4) Weiss, *op. et loc. cit.*; Regnault, *op. cit.*, p. 123; Kaidel, *Le mariage des étrangers en Bavière* (*Journal du dr. int. pr.*, 1895, p. 981). Cf. Décision du ministre bavarois de l'Intérieur.

(5) Regnault, *op. cit.*, p. 123.

Lorraine du 16 mai 1892 dispose, dans son article 5, que : « les étrangers qui veulent contracter mariage en Alsace-Lorraine, soit avec une Allemande, soit avec une étrangère, doivent, outre l'accomplissement des autres formalités légales, produire une déclaration dûment certifiée de l'autorité locale de leur pays, attestant que, d'après les lois dudit pays, leur nationalité ne fait pas obstacle à la célébration d'un mariage ou qu'ils se sont pourvus de l'autorisation requise ». Et l'article 6 ajoute que le ministre d'Etat peut dispenser de la production d'une telle attestation les étrangers appartenant à certains pays, en considération de la législation de ces pays (1).

En *Autriche*, nous avons le décret de la Chancellerie du 22 décembre 1814, qui exige de l'étranger qui désire contracter mariage un certificat légalisé constatant qu'il possède, d'après sa loi nationale, l'aptitude personnelle voulue (2). Lorsque des autorités étrangères exigent un semblable certificat d'un sujet autrichien, les circulaires du ministère de l'Intérieur, du 27 avril 1873 et du 28 octobre 1879, désignent, pour délivrer le certificat en question, les autorités publiques de district du domicile autrichien du futur

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1893, p. 307.

(2) Varnier, *op. cit.*, p. 143. V. également la circulaire des Ministre des cultes et de l'Inst. publ. du 22/11 1859, Z. 17602 (Guillaume, *op. cit.*, p. 386).

conjoint, ou, dans les villes possédant des statuts communaux propres, le magistrat (1).

En *Hongrie*, disposent à ce sujet les lois XXXI de 1894, art. 113 et XXXIII de 1894, art. 51 ; les circulaires du ministre de l'Intérieur, du 25 février 1896, et du ministre de la Justice, du 8 mars 1896 (2).

En *Belgique*, nous avons la circulaire du ministre des Affaires étrangères du 1<sup>er</sup> juillet 1882 (3).

En *Espagne*, l'article 15 de la loi du 18 juin 1870 consacre le même principe : « Si les intéressés sont étrangers et n'ont pas deux années de résidence en Espagne, ils devront prouver par certificat de l'autorité compétente, suivant les lois de leur pays, que... dans tous les cas... ils sont libres de contracter mariage (4). »

En *Italie*, l'article 103 du Code civil dispose que : « l'étranger qui veut contracter un mariage dans le royaume doit présenter au bureau de l'état civil une déclaration de l'autorité compétente du pays auquel il appartient, qui prouve que, d'après la loi dont il dépend, rien ne s'oppose au mariage projeté (5) ». Nous avons également la Déclaration échangée entre l'Italie et la Suisse, le 29 novembre 1890, où nous li-

(1) Guillaume, *op. cit.*, p. 385.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 433 et 434.

(3) V. Guillaume, *op. cit.*, p. 332 et s.

(4) *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 20.

(5) *Ibid.*, p. 24.



sons à l'article 2 que : « Les ressortissants des deux Etats sont tenus de présenter une attestation de l'autorité compétente de leur pays constatant qu'aucun obstacle connu ne s'oppose, d'après le droit civil de leur patrie, à la célébration du mariage. Cette attestation est délivrée par les officiers de l'état civil qui ont procédé à la publication des promesses de mariage. Elle consiste en une déclaration en ces termes, inscrite sur le certificat de publication : *Rien ne s'oppose à la célébration du mariage en conformité des lois italiennes (ou suisses)*. — La signature de l'officier de l'état civil doit être légalisée, avec la déclaration qu'il est compétent pour délivrer l'attestation (1). » Il y a également une convention avec le gouvernement de la Grande-Bretagne, en vertu de laquelle aucun sujet anglais n'y serait marié à moins d'avoir obtenu préalablement du consul anglais un certificat déclarant que, selon les lois anglaises, il n'existe point d'obstacle à leur union (*Report of the royal commission* (2)).

En Suisse, nous avons la loi fédérale du 24 décembre 1874, article 31 et 37. Le dernier prescrit que : « si l'époux est étranger, le mariage ne peut être célébré que sur présentation de l'autorité étrangère compétente, constatant que le mariage sera re-

(1) Guillaume, *op. cit.*, p. 444. Cf. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 434.

(2) W. Beach Lawrence, *Commentaire sur les éléments du droit international* de H. Wheaton ; Guillaume, *op. cit.*, p. 437.

connu par elles avec toutes ses suites légales. Est réservé toutefois le droit de dispense des gouvernements cantonaux prévu par l'article 31, alinéa dernier (1).

Nous avons dit ailleurs (2) que l'application de cette disposition a soulevé des difficultés, aucun gouvernement ne pouvant donner des certificats de ce genre. Toutefois, en vue de satisfaire le plus possible au vœu de la fédérale, les gouvernements français et belge ont décidé que l'ambassadeur de France et le ministre plénipotentiaire de Belgique délivreront des certificats constatant l'exécution des formalités prescrites par les lois française et belge. Les légations d'Autriche, d'Espagne et de Grande-Bretagne ont adhéré à cette rédaction, qui fut du reste soumise à l'approbation du Conseil fédéral (3). — Nous pouvons encore signaler la loi valaisane du 20 mai

(1) Guillaume, *op. cit.*, p. 494 et 495.

(2) V. ci-dessus, p. 155 et 156, note 1.

(3) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 434, note 2 ; Guillaume, *op. cit.*, p. 494, en note ; Pic, *op. cit.*, p. 130 et 131 ; *Journal du droit int. pr.*, 1877, p. 573. — V. aussi le certificat exigé du futur suisse en France, dans la circulaire ministérielle du 2 août 1884 (*Journal du dr. int. pr.*, 1884, p. 567) ; la circulaire du Conseil fédéral du 8 décembre 1894 (*Zeitschrift für internationale Privatrecht*, 1895) p. 92) ; la circulaire fédérale du 21 décembre 1889 (*Archives diplomatiques*, février 1890 ; *Feuille fédérale*, 1889.4.1066 et 1891.2.487). V. également la convention avec l'Allemagne du 4 juin 1886 (*Feuille fédérale*, 1886.2.760. Cf. Guillaume, *op. cit.*, p. 477 et 497 ; Weiss, *op. et loc. cit.*) et la convention avec l'Italie, dont nous avons donné le texte de l'article 2 (voir ci-dessus, p. 270).

1893, où nous trouvons, à l'égard du mariage de l'étranger dans le canton, cette disposition : « Si l'époux est étranger à la Suisse, le mariage ne peut être célébré sans l'autorisation du département de justice et police, laquelle n'est accordée qu'au vu de pièces constatant que ledit époux a rempli, dans son pays d'origine, les formalités prescrites, pour que son mariage y soit tenu pour valable : ces formalités d'ailleurs ne sont pas exigées lorsque la femme seule est étrangère (1). »

Enfin aux *États-Unis du Venezuela*, le texte de l'article 127 du Code civil confirme le même principe. « Néanmoins la Haute-Cour fédérale de Venezuela a jugé le 13 juin 1882, dit M. Weiss, que l'obligation imposée par l'art. 127 du Code civil, à tout étranger qui veut contracter mariage, de justifier de sa capacité par un certificat des autorités de sa patrie, est en opposition formelle avec l'art 10 de la Constitution de 1881, qui accorde aux étrangers résidant sur le territoire de la République des droits civils égaux à ceux dont jouissent les Vénézuéliens, et que dès lors il n'y a pas lieu de s'y arrêter (2). »

Les difficultés sont loin d'être éliminées avec le système des États susdits. Comment exiger une justification de capacité matrimoniale d'une personne

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1894, p. 566.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 435, note 1. Cf. *Annuaire de législation étrangère*, 1890, p. 961.

qui n'a pas de nationalité certaine, ou a deux nationalités ou n'en a point du tout (1)? Et, comment obtenir ces sortes d'attestations, lorsque le gouvernement de l'étranger interdit à ses représentants la délivrance de certificats de cette nature (2)?

Et, ces certificats sont-ils à l'abri de l'erreur, ou font-ils obstacle à l'annulation du mariage par les tribunaux de l'un des deux conjoints (3)?

L'incertitude qui règne dans les dispositions législatives des différents Etats rend impraticable le système préconisé en 1876 par le Conseil fédéral suisse, c'est-à-dire la confection d'un tableau de lois relatives à la capacité matrimoniale des différentes législations, qui puisse guider les officiers de l'état civil.

C'est en vue d'aplanir ces diverses difficultés que M. A. Garnier, ancien officier de l'état civil de Berne, proposa la création d'une sorte de tribunal international, ayant qualité pour émettre des avis obligatoires en ce qui concerne les conflits des lois du ma-

(1) V. ci-dessus, p. 186 et s. « Les *heimathlosen* — dit M. Weiss — sont soumis, à ce point de vue, (v. ci-dessus, p. 160 et s.), la loi de leur *domicile* » (*op. cit.*, t. III, p. 435, note 2).

V. Amtsgericht de Carlsruhe, 26 juin 1895 (*Zeit. für intern. Privat und Strafrecht*, 1896, p. 161), *Journal du dr. int. pr.*, 1897, p. 387.

(2) Par exemple l'Italie ou l'Allemagne. Cf. Pic, *op. cit.*, p. 131.

(3) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 435; Varnier, *op. cit.*, p. 144.

riage (1). L'éminent jurisconsulte suisse, M. Ernest Lehr, attira l'attention sur cette proposition par un judicieux article publié par le *Journal du droit international privé* (2).

D'autre part, l'Institut de droit international décidait à la session de Lausanne que : « les autorités diplomatiques ou consulaires seront admises à délivrer des certificats constatant que leurs nationaux qui se proposent de contracter mariage se trouvent dans les conditions voulues par leur loi nationale » (Art. 7 des *Conclusions* adoptées en séance plénière du 5 septembre 1888) (3).

Enfin un grand pas a été fait dans cette question par la Conférence de La Haye, qui elabora le texte de la Convention signée le 12 juin 1902 par douze Etats européens : l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, la Belgique, l'Espagne, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Suède et la Suisse. L'article 4 est rédigé ainsi : « Les étrangers doivent, pour se marier, établir qu'ils remplissent les conditions nécessaires d'après la loi indi-

(1) A. Garnier, *Internationales Eheschliessungsrecht in Form von Aufzeichnungen betreffend die Eheschliessung vom Ausländern in der Schweiz*, Berne, 1885.

(3) *Journal du dr. int. pr.*, 1884, p. 49.

(2) *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. X, 1889, p. 75. Ce texte est le même que celui du projet présenté à l'assemblée par MM. von Bar, Brusa, Kœnig, Glasson et Rolin-Jacquemyns (*ibid.*, p. 67).

quée par l'article premier. Cette justification se fera soit par un certificat des agents diplomatiques ou consulaires autorisés par l'Etat dont les contractants sont les ressortissants, soit par tout autre mode de preuve, pourvu que les conventions internationales ou les autorités du pays de la célébration reconnaissant la justification comme suffisante. »





## LIVRE II

### **Des formes du mariage en droit international privé et en législation comparée.**

---

#### CHAPITRE III

##### DES FORMES DU MARIAGE DANS LES PRINCIPAUX PAYS DU MONDE CIVILISÉ

Lorsque nous étudions les règles de forme du mariage chez les différents peuples, nous remarquons tout de suite qu'elles sont de trois sortes : dans quelques législations, et celles-ci sont les moins nombreuses, le mariage est un simple acte de famille et le seul consentement des parties suffit ; dans d'autres législations, le mariage est considéré comme un acte religieux ; enfin, bon nombre de législations ne regardent le mariage que comme un contrat purement civil. La Famille, l'Eglise et l'Etat civil, voilà les trois ordres de faits qui séparément ou simultanément rendent visible la conclusion de l'acte du mariage.

Nous passerons rapidement en revue les différentes

législations, en étudiant les mesures prises en vue de la publicité et la solennité du mariage.

## I. — Allemagne

Avant la loi d'Empire du 6 février 1875, chaque Etat confédéré avait sa législation propre. On ne remarquait aucune uniformité, et il n'y avait pas moins de cinq systèmes différents : 1° le mariage civil obligatoire dans les contrées allemandes jadis annexées à la France ; — 2° le mariage religieux ou civil facultatif ; — 3° le mariage civil pour les dissidents, — 4° le mariage civil réservé aux unions entre israélites et chrétiens ; — et 5° le mariage purement religieux (1).

La loi d'Empire de 1875 a sécularisé le mariage et établi l'unité dans la législation du mariage. Le Code civil de 1900 n'apporte aucune modification sérieuse.

Tout mariage doit être précédé d'une *publication*, qui sera affichée pendant quinze jours dans les mairies des communes où les futurs ont leur domicile, leur résidence et dans celles où ils ont résidé moins de six mois avant la célébration. Ces publications doivent être faites par les officiers de l'état civil compétents pour célébrer le mariage, et elles perdent toute valeur si le mariage n'est pas conclu dans les

(1) P. Pic, *op. cit.*, p. 34.

six mois, à compter du jour où le délai de quinze jours est expiré. En cas de maladie mortelle, l'officier de l'état civil peut célébrer le mariage sans aucune publication préalable. Des dispenses de publications peuvent également être accordées (§ 1316 du Code civ. all. ; §§ 42, 44, 46, 49 et 51 de la loi de 1875).

Avant que l'officier de l'état civil fasse la publication requise, les parties doivent produire leurs actes de naissance et l'autorisation de personnes dont le consentement est exigé par la loi. Lorsque les faits sont connus, l'officier peut dispenser les parties de produire ces pièces. Il lui est loisible de demander aux fiancés l'affirmation de l'exactitude des faits qui ne paraissent pas clairement établis (L. 1875, § 45). Lorsque l'officier de l'état-civil connaît des empêchements, il doit refuser de procéder à la célébration du mariage (*ibid.*, § 48) (1).

« Le mariage est conclu par le fait que les fiancés se présentent personnellement et simultanément devant un officier de l'état civil et déclarent vouloir se prendre pour mari et femme. L'officier de l'état civil doit être prêt à recevoir cette double déclaration, laquelle ne peut être faite ni sous condition, ni à terme » (C. civ. all., § 1317). — « Lors de la célébration, l'officier de l'état civil doit, en présence de deux

(1) *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 5 et 6 ; Lehr, *Le mariage, le divorce*, n° 105, 106, 107, p. 50 et 51 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 442-443.

témoins, demander isolément et successivement à chacun des fiancés, s'il entend contracter mariage avec l'autre et, après avoir reçu leur réponse affirmative, prononcer qu'en vertu de la loi ils sont désormais unis en légitime mariage (*rechtmässig verbundene Eheleute*) (1). Ne peuvent être témoins ni les mineurs, ni les personnes privées de leurs droits civiques (*bürgerliche Ehrenrechte*) ; mais rien n'empêche que les témoins soient parents ou alliés des fiancés, de l'officier de l'état civil, ou les uns des autres. » L'officier de l'état civil doit inscrire le mariage sur le registre à cet effet destiné et délivrer aux parties un certificat constatant la célébration de leur mariage (C. civ. all., § 1318 ; loi de 1875, §§ 52, 53 et 54) (2).

« Le mariage doit être célébré devant l'officier de l'état civil compétent. Est compétent celui dans le district duquel l'un des fiancés a son domicile ou sa résidence habituelle. Si aucun des deux fiancés n'a dans le pays (*im Inland*) ni domicile ni résidence habituelle, et si, d'un autre côté, un seul d'entre eux est allemand, l'officier compétent est désigné par l'autorité supérieure chargée de la surveillance de l'état civil dans l'Etat confédéré duquel ressort l'Allemand, et, si celui-ci ne ressort d'aucun Etat confé-

(1) La loi de 1875, dit : *rechtmässige Eheleute*.

(2) Lehr, *op. cit.*, n° 108, p. 51.

déré, par le chancelier de l'Empire. Lorsque plusieurs officiers sont compétents, les futurs époux ont le choix entre eux » (C. civ. all., § 1320). — « Le mariage peut aussi être valablement célébré devant l'officier de l'état civil d'un autre district, en vertu d'une autorisation écrite, de l'officier compétent » (*ibid.*, § 1321). — « Est réputé officier de l'état civil, dans le sens du § 1317, celui qui, sans l'être, en remplit publiquement les fonctions, à moins que les fiancés ne sussent, au moment de la cérémonie, qu'il n'avait pas la qualité officielle requise » (*ibid.*, § 1319) (1).

Nous avons dit que le mariage civil est obligatoire. La sanction de ce principe se trouve dans la loi d'Empire du 6 février, art. 67 : « Tout prêtre ou ministre du culte qui procède à la célébration d'un mariage religieux, sans avoir demandé la preuve du mariage civil antérieur, encourt une amende qui peut s'élever jusqu'à 300 marks ou un emprisonnement de trois mois au plus. » Mais cet acte n'est pas punissable « lorsque l'ecclésiastique ou le fonctionnaire religieux procède aux cérémonies religieuses de la célébration du mariage, dans le cas d'une maladie mortelle de l'un des futurs ne permettant pas une remise » (Ajouté par le § 55 de la loi d'introduction du Code civil allemand) (2).

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 109, p. 51-52.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 442, note 1. Cf. Code pénal de la

## II. — Autriche-Hongrie.

### § 1<sup>er</sup>. — Autriche.

Le Code civil autrichien faisait du mariage un contrat mixte, à la fois civil et religieux. Le prêtre était, comme officier de l'état civil, et comme représentant de pouvoir séculier, chargé à ces titres de recevoir la déclaration des futurs. Mais c'était aux tribunaux civils d'intervenir en cas de dissentiment. Cette immixtion du pouvoir civil fut considéré comme attentatoire aux droits de l'Eglise catholique. Grâce à ses efforts, une loi du 8 octobre 1856 rétablit le mariage canonique conformément aux décrets du concile de Trente et créa des tribunaux ecclésiastiques (1).

Le triomphe de l'Eglise ne fut pas de longue durée, car en 1868 le parti libéral victorieux abrogea la loi de 1856. La loi matrimoniale du 25 mai 1868 donna à toutes les confessions religieuses les mêmes droits qu'avait l'Eglise catholique et institua à titre subsidiaire — en cas de refus de célébration de la part du

confédération de l'Allemagne du Nord, mis en vigueur par la loi du 31 mai 1870, art. 337 (*Annuaire de législation étrangère*, 1871).

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 444 ; Louis Boujol, *Etude des règles de forme concernant les mariages contractés par des nationaux en dehors de leurs pays* (thèse), Toulouse, 1904, p. 38.

prêtre — le mariage civil (1). Enfin, la loi du 9 avril 1870 institua, pour les personnes ne professant aucun culte reconnu, le mariage civil obligatoire devant les autorités de district (*politische Bezirks-Behörde*), ou dans les villes qui ont des statuts municipaux propres, devant les autorités municipales (2).

Pour le *mariage religieux* — qui forme la règle — les publications (trois fois répétées) doivent être faites par le pasteur des deux fiancés lorsqu'ils appartiennent tous les deux à la même religion reconnue (C. civ. autr., §§ 70 et 71) (3). Les confessions religieuses légalement reconnues sont : l'Eglise catholique des trois rites (romaine, grecque unie et arménienne unie), l'Eglise évangélique de la confession d'Augsbourg et de la confession helvétique, l'Eglise grecque non unie ou grecque orientale (4) et arménienne orientale, communauté religieuse israélite (5), Eglise vieille catholique (6), des frères

(1) L. Boujol, *op. et loc. cit.* ; P. Pic, *op. cit.*, p. 37.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1871, tome premier, p. 281.

(3) *Actes de la conférence de La Haye*, 1900, p. 10.

(4) Cette confession, qui est la même que celle que professent les Russes, les Roumains, les Grecs, les Bulgares, les Ruthènes, les Serbes et les Monténégrins, est appelée par ceux-ci Eglise orthodoxe.

(5) V. loi du 18 juillet 1868. Cf. L. Boujol, *op. cit.*, p. 39.

(6) V. loi du 20 mai 1874 et arrêté des ministres de l'Intérieur, de la Justice et des Cultes, pris le 8 novembre 1877 (*Annuaire de législation étrangère*, 1877, t. VII, p. 204. Notice de M. Ch. Lyon-Caen.) — Depuis la décision ministérielle du 29 mai 1876, les



Moraves, ou Eglise chrétienne évangélique (1).

Avant la loi du 31 décembre 1868, les publications devaient être faites non seulement dans l'église de la confession des parties, mais lorsque celles-ci appartenaient à une confession non catholique, ces publications étaient faites également dans l'église catholique de leur résidence. Et si le mariage se faisait entre catholiques et non-catholiques, les publications devaient être faites tout à la fois dans l'église paroissiale catholique, dans le temple de l'époux non catholique et dans l'église catholique du lieu où ce dernier a sa résidence. Depuis cette loi du 31 décembre 1868, en cas de mariage mixte, la publication (*Aufgebot*) se fait au service de l'église à laquelle se rattache chacun des futurs époux (L. 1868, n° IV, §§ 1 et 3). Lorsque les deux futurs, ou l'un d'eux, n'ont pas six semaines de résidence dans la paroisse où le mariage doit être célébré, les publications requises doivent être faites également à leurs précédents domiciles (C. civ. autr., § 72). Les publications ne sont plus valables si le mariage n'est pas célébré dans les six mois à partir de la dernière

Israélites, qui vivent en dehors des liens d'une communauté religieuse, sont considérés, en ce qui concerne les formalités et la célébration de leur mariage, comme faisant partie de la communauté religieuse israélite du pays, la plus voisine du lieu de leur domicile (Guillaume, *op. cit.*, p. 380).

(1) Pour toute l'énumération, v. Guillaume, *op. cit.*, p. 379.

(*ibid.*, § 73). Le mariage peut être valable nonobstant un vice de forme dans les publications ou quoiqu'il n'y ait eu qu'une seule publication, mais les parties et le ministre du culte encourent les pénalités prévues par la loi (*ibid.*, § 74) (1).

La déclaration solennelle de consentement doit être faite devant le ministre du culte, en présence de deux témoins (C. civ. autr., § 75). Pour les militaires, l'ecclésiastique compétent est l'aumônier du régiment (*Hofkanzleidek* des 19 mars 1808 et 3 avril 1846). Le consentement par procuration est possible dans la législation autrichienne, à condition que le gouverneur de la province (*Landesstelle*) y ait donné son assentiment (C. civ. autr., § 76). Lorsque les futurs sont de confession différente, l'échange des consentements a lieu, en présence de deux témoins, devant le ministre du culte de l'un des futurs, sauf le droit de faire bénir l'union dans l'autre église (Loi du 31 déc. 1860, n° IV, art. 2 et 3, remplaçant le § 77 du C. civ.) (2).

Le *mariage civil* fut organisé par deux lois, celle du 25 mai 1868, n° XLVII, et celle du 9 avril 1870, n° LI.

L'article 2 de la loi de 1868 prévoit le cas d'un refus de célébration de la part d'un ministre du culte : « Lorsqu'un des pasteurs chargés, aux termes du

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 194, p. 95 et 96.

(2) *Ibid.*, n° 195, p. 97.

Code civil général, de la publication des bans du mariage refuse de s'en charger, ou lorsqu'un des pasteurs chargé de recevoir la déclaration solennelle du consentement, et devant lequel les fiancés se sont présentés dans ce but, refuse d'accepter la déclaration du consentement au mariage pour une cause qui n'est pas reconnue par les lois de l'Etat, il est loisible aux fiancés de réclamer la publication de leurs bans par l'autorité civile et de faire devant celle-ci la déclaration de leur volonté commune de s'unir (1). »

L'article premier de la loi de 1870 concerne les personnes n'appartenant à aucune confession religieuse reconnue par l'Etat (v. ci-dessus) : les *confessionlosen*. — « Toutes les fonctions attribuées par la loi aux ministres des cultes, relativement aux mariages et à la tenue des registres, seront remplies, lorsqu'il s'agira de personnes n'appartenant à aucune confession reconnue, par le chef du district (2) et là où il existe des lois communales particulières, par l'autorité communale chargée des fonctions publiques (3). »

Les publications sont faites par les autorités civiles

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1871, t. premier, p. 281 ; notice et trad. de M. Gonse. Cf. Lehr, *Traité de droit civil germanique*, t. II, n° 1154 et *Le Mariage*, n° 197, p. 98-97.

(2) *Bezirkshauptmann*.

(3) *Annuaire de législation étrang.*, 1871, p. 282.

dans les communes intéressées, sauf dispense en cas de danger de mort accordée par le gouvernement de province (*k. u. k. politische Landesstelle*) ou les autorités districtuelles ou municipales (Loi du 25 mai 1868, n° 47, art. 2, § 5). L'échange solennel des consentements a lieu devant les autorités civiles compétentes, en présence de deux témoins et d'un greffier assermenté (*ibid.*, § 7). Les époux mariés civilement peuvent ensuite faire bénir leur union par un ministre de leur Eglise (*ibid.*, § 11) (1).

Quoique la loi prévoit seulement deux cas de mariage civil (*Confessionlosigkeitsehe* et *Nothcivilehe*), en fait, il y a beaucoup de mariages civils, car la loi de 1870 sert de moyen à tourner le § 64 du Code civil qui interdit et déclare *nuls* les mariages entre chrétiens et non chrétiens. Israélites et chrétiens se marient ensemble, en déclarant faussement n'appartenir à aucun culte reconnu (2).

## § II. — Hongrie.

Nous avons dit ailleurs que les trois lois de l'état civil et du mariage civil nos XXXI, XXXII et XXXIII, en date de 1894, trouvèrent une vive opposition de la

(1) Lehr, *Le mariage, le divor.*, nos 198 et 199, p. 99 et 100.

(2) V. ci-dessus, p. 16 et note 6. Cf. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 389 et 444, note 2 ; P. Pic, *op. cit.*, p. 38 ; L. Boujol, *op. cit.*, p. 40.

part du clergé catholique et du parti catholique hongrois (1). La réforme créa l'unité là où régnait un vrai chaos — chaque confession ayant ses lois particulières et chaque province ses coutumes — et supprima les empêchements au mariage résultant de la diversité des cultes (2).

La célébration du mariage doit être précédée d'une publicité qui consiste dans l'affichage durant quatorze jours du projet de mariage et dans une proclamation orale faite à la maison communale, par un membre de cette administration, les deux dimanches compris dans la durée de l'affichage (Loi de 1894, n° XXXIII, art. 52). La publication doit être faite aux domiciles des futurs, et s'ils n'ont pas trois mois de résidence, également à leur domicile antérieur (*ibid.*, art. 46), et si le mariage n'est pas fait dans l'année, on doit procéder à de nouvelles publications (*ibid.*, art. 56). Une dispense de publication peut être accordée par le premier fonctionnaire du municipe, mais les époux doivent déclarer qu'à leur connaissance il n'existe aucun empêchement de mariage (*ibid.*, art. 57) (3).

(1) V. ci-dessus, p. 19, note 5. V. aussi, *Annuaire de législation étrangère*, 1876, p. 520 (notice Hoffmann) ; — 1893, p. 374 (notice Nagy) ; — 1895, p. 355 (notice de M. Dareste).

(2) Lehr, *op. cit.*, n° 227, p. 112-113 ; L. Boujol, *op. cit.*, p. 74. V. aussi les déclarations de M. de Korizmicz, délégué hongrois à la conférence de La Haye (Guillaume, *op. cit.*, p. 518).

(3) Lehr, *op. cit.*, nos 232 et 233, p. 116 et 117.

Le mariage est célébré devant l'officier de l'état civil. Est officier de l'état civil : 1° le préposé aux registres ; — 2° le premier officier du municiple ; — 3° l'administrateur du district (*főszolgabíró*) ; — 4° le bourgmestre de villes à conseil constitué (L. de 1894, n° XXXI, art. 29). — « Le mariage doit être tenu pour contracté devant l'officier de l'état civil, lorsque celui devant qui il a été contracté était communément réputé revêtu de cette qualité, à moins que les deux parties ne sussent le contraire (*ibid.*, art. 30 et 41) (1).

La célébration du mariage a lieu publiquement dans un lieu affecté au service public. Toutefois, l'officier de l'état civil, peut procéder, s'il y a des motifs graves, même sans publicité et hors du lieu désigné à cet effet (Loi de 1894, n° XXXI, art. 37). Les deux futurs époux, présents simultanément devant l'officier de l'état civil déclarent, en présence de deux témoins âgés d'au moins 16 ans, contracter mariage ensemble, et cela sans terme ni condition (*ibid.*, art. 39 et 40). Lorsque les parties se heurtent à un refus de publication ou de célébration, elles peuvent se pourvoir, suivant les cas, devant le premier officier du municiple ou devant le tribunal civil (Loi de 1894, n° XXXIII, art. 60) (2).

Afin d'assurer l'observation du mariage civil, tout

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 234, p. 117.

(2) *Ibid.*, n° 235, p. 118.

ministre du culte qui procéderait à la cérémonie religieuse avant la cérémonie civile s'expose à une amende qui peut aller jusqu'à 1000 couronnes (Loi XXXI de 1894, art. 123) (1).

Les lois de 1894 s'appliquent seulement sur le territoire de la Hongrie proprement dite, à l'exception du royaume de la Croatie et de la Slavonie. Nous lisons dans les *Actes de la conférence de La Haye* que « sur le territoire de Croatie-Slavonie, qui forme une partie de la couronne hongroise, le mariage des catholiques est réglé par la Patente du 8 octobre 1856 (2) et ses annexes I et II, établissant en général les mêmes prohibitions de mariage que le droit canonique de l'Eglise catholique (3). Pour les Grecs non-unis (orthodoxes) les principes de leur Eglise, pour toutes les autres confessions, les dispositions du Code civil autrichien y sont en vigueur concernant les prohibitions du mariage (4) ».

(1) L. Boujol, *op. cit.*, p. 77.

(2) V. ci-dessus, p. 19, note 4.

(3) Pour les deux rites, romain et grec uni.

(4) *Actes de la conférence de la Haye*, 1900, p. 17. V. aussi *Bulletin officiel du ministère de la Justice*, 2<sup>e</sup> semestre, 1896, p. 33 et 47 ; *Journal du dr. int. pr.*, 1896, p. 1130. — Pour les protestants, v. Patente impériale autr. du 16 janvier 1783, et pour les israélites le *Hofkanzleidekret* du 2 novembre 1863 (Guillaume, *op. cit.*, p. 383).



**III. — Belgique.**

La loi du 26 décembre 1891 a modifié et simplifié les formalités du mariage régies par le Code civil français. La seconde publication a été supprimée, de même que toute publicité au domicile des personnes dont le consentement est requis ; enfin la controverse au sujet du domicile matrimonial (C. civ. fr., art. 165 et 74) a été tranchée en faveur de la solution la plus large.

Article 1<sup>er</sup>. — « Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fait une publication un jour de dimanche à la porte de la maison commune. » Cette publication contient toutes les énonciations nécessaires.

Art. 2. — « L'acte de publication reste affiché à la porte de la maison commune. Le mariage ne peut être célébré avant le dixième jour, depuis et non compris le jour de la publication. »

Art. 3. — « Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année à compter de l'expiration du délai de la publication, il ne peut plus être célébré qu'après une nouvelle publication faite dans la forme ci-dessus. »

Art. 4. — « La publication ordonnée par l'article 1<sup>er</sup> de la présente loi sera faite dans le lieu du domicile ou de la résidence de chacun des époux. »

Art. 5. — « Si le domicile actuel n'a pas été d'une

durée continue de six mois, la publication sera faite en outre au lieu du domicile précédent, quelle qu'en ait été la durée. — Si la résidence actuelle n'a pas été d'une durée continue de six mois, la publication sera faite au domicile quelle qu'en soit la durée. — A défaut du domicile connu dans les cas prévus par les deux paragraphes qui précèdent, la publication sera faite dans la commune où le futur époux a résidé pendant six mois. — A défaut d'une résidence continue de six mois, elle sera faite au lieu de la naissance. »

Art. 6. — « Les publications qui devront être faites ailleurs qu'au lieu de la célébration du mariage, le seront à partir du premier dimanche qui suivra la réception de la réquisition écrite de l'officier de l'état civil appelé à procéder à cette célébration. L'officier de l'état civil requis ne pourra exiger la production d'autres pièces. »

Art. 7. — « Le procureur du Roi près le tribunal de première instance, dans l'arrondissement duquel les impétrants se proposent de célébrer leur mariage, peut dispenser, pour causes graves, de la publication et de tout délai... » Même faculté est accordée aux agents diplomatiques et consulaires de Belgique (1).

Art. 8. — « Le mariage sera célébré publiquement

(1) Cet article remplace l'art. 169 du Code civil.

devant l'officier de l'état civil de la commune et dans la commune où l'un des époux aura son domicile ou sa résidence à la date de la publication prévue par l'article premier de la présente loi, et, en cas de dispense de publication, à la date de la célébration. »

« Les articles 63, 64, 65, 74, 165, 166, 167, 168 et 169 du Code civil sont abrogés. » (Art. 10) (1).

#### IV. — Brésil (Etats-Unis du).

Longtemps le mariage au Brésil fut célébré suivant les rites de l'Eglise catholique. Même les non-catholiques devaient faire célébrer leur union par le prêtre catholique. Il fallut faire beaucoup d'efforts pour remédier à cet état de choses. Une loi de 1861 permit aux non-catholiques de contracter mariage devant le ministre de leur culte. Le 7 mai 1884, le gouvernement dépose un projet de mariage civil obligatoire ; cette proposition est enterrée. En 1885, nouvelles propositions sans résultat. Enfin, en 1890, une loi promulguée par le décret du 24 janvier 1890 institue le mariage civil (2).

La publicité du mariage consiste dans l'affichage

(1) *Moniteur belge*, du 31 décembre 1891.

(2) Souza Bendeira Filho, *Le mariage au Brésil*, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1881, p. 324 et s. ; *Annuaire de législation étrangère*, 1880, p. 917 ; — 1885, p. 882 ; — 1888, p. 972 ; — 1889, p. 1028 et 1891, p. 924 (notice du vicomte d'Ourem).

d'un acte contenant le projet de mariage. L'exécution est confiée à l'officier de l'état civil chargé de la tenue des registres et désigné dans chaque Etat par la législation locale ; dans le district fédéral, l'office est confié au greffier du préteur. Si le délai d'affichage passe sans qu'aucune opposition soit formulée, l'officier de l'état civil délivre aux parties un certificat, valable pour deux mois, constatant qu'elles sont aptes au mariage. Il n'y a pas de domicile matrimonial obligatoire ; mais, si les parties habitent des districts différents, l'officier du district auquel elles s'adressent doit s'assurer de la publication dans l'autre district, et l'officier de ce dernier certifie s'il y a ou non des oppositions (1).

L'officier de l'état civil compétent demande aux futurs, en présence d'au moins deux témoins et dans le local désigné à cet effet, s'il n'existe pas à leur connaissance aucun empêchement, et, après les avoir interrogés sur leur intention de se prendre pour mari et femme, les déclare unis par le mariage. Puis il rédige immédiatement l'acte sur les registres, en insérant les déclarations et mentions requises (2).

En cas de danger de mort, les parties pourront célébrer le mariage en présence de six témoins ; dans les 48 heures, procès-verbal en sera dressé devant le

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 264, p. 432.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 446.

magistrat compétent le plus proche, qui, après enquête, décidera si les conditions nécessaires ont été ou non remplies (1).

La loi du 24 janvier permettait de faire bénir le mariage, soit avant, soit après le mariage civil (art. 108). Des abus s'étant produits, le gouvernement, par le décret du 26 juin 1890, a décidé que le mariage civil devait toujours précéder le mariage religieux. Mais la constitution de 1891, déclarant ne pas connaître d'autre mariage que le mariage civil, a supprimé l'obligation de le faire célébrer avant la bénédiction religieuse (2).

#### V. — Chili.

Le Code civil chilien, du 14 décembre 1855, mis en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1857, faisait du mariage un sacrement et l'avait placé sous l'autorité de l'Eglise catholique. Même les non-catholiques devaient se marier devant le *prêtre catholique seul, officier de l'état civil sur tout le territoire de la république*. Deux lois firent cesser cet état de choses. L'une, du 10 janvier 1884, sécularisa le mariage; l'autre, du 19 juillet de la même année, créa des registres de l'état civil (3).

(1) L. Boujol, *op. cit.*, p. 87. Le mariage par procuration n'est pas admis sauf en cas d'urgence ou de force majeure.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1891, p. 929.

(3) Lehr, *op. cit.*, n° 284, p. 139.

D'après la nouvelle législation, la publication des bans est remplacée par une déclaration orale ou écrite des parties, corroborée par l'affirmation faite sous serment par deux témoins, qu'il n'existe aucun empêchement au mariage projeté. Ne peuvent pas être témoins : 1° les mineurs de 18 ans ; — 2° les interdits pour cause de démence ; — 3° les déments dans un intervalle lucide ; — 4° les aveugles, les sourds, les muets ; — 5° les individus condamnés pour divers crimes ou délits, ou privés par jugement du droit d'être témoins ; — 6° les étrangers non domiciliés au Chili et les personnes ne comprenant pas l'espagnol.

Le domicile matrimonial s'acquiert par une résidence de trois mois. Aussitôt les diverses formalités remplies, on peut procéder à la célébration du mariage, sans qu'il y ait à attendre l'expiration d'aucun délai pour des oppositions éventuelles. Seulement, le mariage doit avoir lieu dans les trois mois, sous peine de recommencer une nouvelle enquête.

Le mariage doit être célébré par l'officier de l'état civil. La célébration peut avoir lieu, soit au bureau de l'officier public, soit au domicile de l'un des futurs, en présence de deux témoins. Ce fonctionnaire donne lecture de la déclaration des futurs et de l'affirmation des témoins qu'il n'existe aucun empêchement ; et, après avoir demandé aux futurs s'ils persistent à vouloir se prendre pour mari et pour femme,

sur leur réponse affirmative, les déclare unis au nom de la loi. L'acte signé par lui, par les parties, les parents et les témoins, est immédiatement inscrit sur le registre des mariages de la circonscription (1).

#### VI. — Chine.

Le mariage est célébré sans l'intervention des autorités civiles ou religieuses. C'est une simple fête de famille.

« La veille du jour fixé pour la cérémonie, dit M. Lehr résumant l'ouvrage du chinois Tcheng-ki-Tong (2), les parents de la jeune fille envoient au futur tout ce qui constitue la dot de sa femme, ses toilettes, ses meubles, l'argenterie, etc. Le soir du même jour, la famille du marié envoie à la fiancée une chaise à porteurs, qui demeure exposée au salon ; et chacune des familles offre chez elle un grand repas à ses membres et à ses amis. Le jour du mariage, quatre parents et amis vont prendre la fiancée et l'amènent dans sa chaise, et en cortège, dans la maison de sa nouvelle famille, où l'attendent, avec toute la parenté, les garçons et les demoiselles d'honneur. L'une de celles-ci conduit la future épouse auprès de

(1) Lehr., *op. cit.*, nos 291 et 292, p. 142 et 143.

(2) Tcheng-ki-Tong, *Les Chinois peints par eux-mêmes*, Paris, 1886, p. 29 et s.



son fiancé, *qui la voit alors pour la première fois*; et ils se rendent ensemble dans le salon où se trouvent réunis tous les proches. Devant une table sur laquelle on a disposé un brûle-parfums, des fruits et du vin, les mariés se prosternent *pour remercier l'Etre suprême de les avoir créés, la terre de les avoir nourris, l'empereur de les avoir protégés, leur père et mère de les avoir élevés*. Puis le marié présente sa femme à l'assistance. Le lendemain, la jeune femme emmène son mari dans la maison de sa propre famille, et le même cérémonial se reproduit... C'est, en somme, le mariage par consentement mutuel, constaté successivement par les deux familles (1). »

## VII. — Danemark.

Le mariage est régi par le Code général de 1684 (livre III, ch. xvi), par les ordonnances des 5 mars 1734, 19 février 1783, 4 janvier 1799 et 30 avril 1824, enfin par le *Rituel de l'Eglise évangélique luthérienne de 1685* (2).

Depuis la loi du 13 avril 1851, le mariage civil est institué à côté du mariage religieux, qui était la forme normale du mariage. Suivant M. Lehr, le mariage civil n'a été organisé qu'en vue de deux cas spéciaux :

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 314, p. 151 et 152.

(2) Glasson, *op. cit.*, p. 205.

lorsqu'aucun des deux futurs époux n'appartient à l'Eglise nationale danoise ou à une autre Eglise reconnue par l'Etat ; puis, lorsqu'ils appartiennent à des Eglises reconnues mais différentes (1). MM. Weiss et P. Pic croient que les parties peuvent opter entre les formes civiles ou religieuses du mariage (2). Nous nous rallions à cette dernière opinion, et d'autant plus que le § 2, de la loi du 13 avril 1851, dispose que : « le mariage peut être conclu de la même manière (la forme civile), même entre personnes appartenant à une dénomination religieuse reconnue par l'Etat (3) ».

En principe, l'officier compétent pour célébrer le mariage est le ministre du domicile de la future épouse. L'acquisition du domicile matrimonial est une chose très facile au Danemark ; les étrangers y font souvent une élection de domicile fictive pour échapper aux dispositions plus sévères de leur loi nationale. Des publications sont exigées, mais le roi peut autoriser la célébration du mariage au domicile de l'une des parties, et en dehors de toute publication préalable (4).

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 326, p. 156. Cf. Glasson, *op. cit.*, p. 205.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 452 ; P. Pic, *op. cit.*, p. 4.

(3) V. §§ 1 et 2 de la loi du 13 avril 1851 (Guillaume, *op. cit.*, p. 301 et 302 d'après W. Beach Lawrence).

(4) Lehr, *op. cit.*, n° 331, p. 157 ; Weiss, *op. et loc. cit.* Cf. Trib. Seine, 14 juin 1887 (*Journal du dr. int. pr.*, 1889, p. 104).

VIII. — Espagne.

C'est l'Eglise catholique qui gouverna longtemps la matière du mariage. Règles de capacité, formes de la célébration, effets personnels du mariage furent exclusivement réglés par l'Eglise (1). La constitution de 1869 ayant permis l'exercice de tous les cultes, on reconnut la nécessité de substituer au mariage canonique le mariage civil. Une loi du 18 juin 1870, détachée du projet de Code civil, établissait le mariage civil *obligatoire*, abrogeait la *Cedule real* de Philippe II contenant la promulgation du décret du Concile de Trente (12 juillet 1564) et enlevait au clergé les actes de l'état civil. Cette loi cependant n'exigeait pas la célébration civile avant la bénédiction religieuse. Cela fit que la majorité de la population, très attachée à la religion catholique, ne vit pas d'un bon œil cette réforme. Beaucoup d'époux se contentèrent, comme par le passé, de la seule bénédiction religieuse. Pour pacifier les esprits et rendre valables des mariages contractés seulement devant le prêtre, un décret royal, du 9 février 1875, déclara valides les mariages nuls au regard de la loi civile, abrogea en grande partie la loi de 1870, et laissa aux parties

(1) V. ci-dessus, p. 37, les différentes formes de mariage (Cf. Lehr, *op. cit.*, n° 339, p. 160).

le choix entre le mariage civil et le mariage religieux (1).

L'article premier de ce décret déclare que « le mariage contracté conformément aux Saints Canons produira en Espagne tous les effets civils que lui reconnaissaient les lois en vigueur jusqu'à la promulgation de la loi du 18 juin 1870. — Les mariages religieux, célébrés depuis que la dite loi a commencé à être en vigueur jusqu'à ce jour, auront les mêmes effets depuis l'époque de leur célébration, sans préjudice des droits acquis à titre onéreux par des tiers ». Cependant, l'article 2 impose une certaine restriction. « Ceux qui contractent un mariage religieux doivent demander leur inscription sur le registre civil, en présentant un certificat du curé dans le délai de huit jours à partir de la célébration. » Les époux n'ont qu'à déclarer ne pas professer la religion catholique pour pouvoir contracter un mariage civil. « Les autres dispositions de la loi du 18 juin 1870, non exceptées dans le second paragraphe de l'article précédent, dit l'article 6, seront seulement applicables à ceux qui, ayant contracté une union civile, ne célébreraient pas le mariage religieux (2)... »

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 447 ; P. Pic, *op. cit.*, p. 29 ; Guillaume, *op. cit.*, p. 397 ; *Annuaire de législation étrangère*, 1876, p. 608. Cependant M. Lehr (*op. cit.*, n° 341, p. 162), croit que le mariage religieux était imposé à tous les catholiques.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1876, *loc. cit.*

Le Code civil du 24 juillet 1889 chercha un terme moyen entre le mariage canonique et le mariage civil *obligatoire* de la loi de 1870. « La loi, dit l'article 42 du Code, reconnaît deux formes de mariage : le canonique, que *doivent* contracter tous ceux qui professent la religion catholique, et le civil, qui se célébrera en la forme déterminée par ce Code (1). » « Il suffit donc de se réclamer d'un culte dissident, dit judicieusement M. Weiss, pour pouvoir recourir aux formes civiles (2) ».

Pour le *mariage religieux*, les formes et solennités sont réglées par les dispositions du Concile de Trente (C. civ. esp., art. 75). Cependant, à l'acte de la célébration du mariage doit assister le juge municipal ou tout autre fonctionnaire de l'Etat, qui à cet effet devra être prévenu par les parties — sous peine d'amende — 24 heures avant la célébration (*ibid.*, art. 77). Le mariage dit « religieux » est en réalité un mariage mixte car il demande l'intervention de deux pouvoirs, temporel et spirituel.

Le Code civil espagnol autorise le mariage *secret*, célébré devant l'Eglise (art. 79) ; ce mariage « n'est assujetti à aucune formalité du Droit civil ; il ne produira d'effets civils qu'après sa publication au moyen de son inscription sur les registres. Ce mariage pro-

(1) L. Boujol, *op. cit.*, p. 43.

(2) Weiss, *op. et loc. cit.*

duira néanmoins ses effets civils depuis sa célébration si les deux contractants, d'un commun accord, sollicitent, de l'évêque qui l'a autorisée, une expédition de l'acte inscrit sur le registre secret de l'évêché, et le remettant directement, avec les réserves voulues, à la direction générale du registre civil en demandant son inscription. A cet effet, la direction générale tiendra un registre spécial et secret et prendra les précautions nécessaires pour qu'on ne connaisse pas le contenu de ses mentions, jusqu'au jour où les parties demandent qu'on les rende publiques en les translatant sur le registre municipal de leur domicile (1) ».

Le *mariage civil* est précédé de l'affichage du projet d'union pendant quinze jours, avec invitation à toute personne ayant connaissance d'un empêchement d'en informer le juge municipal. Cette publication a lieu également dans toutes les communes où les intéressés ont eu leur domicile ou leur résidence dans les deux dernières années (C. civ. esp., art 89). Les militaires en activité — autorisés par leurs chefs — sont dispensés de la publication des bans en dehors du lieu où ils résident (art. 90). Si les futurs époux sont étrangers et n'ont pas deux ans de résidence en Espagne, ils doivent prouver, par un certificat en forme,

(1) Code civil espagnol. art. 79, trad. Levé. Cf. Lehr, *op. cit.*, n° 358-361, p. 168-169 ; Boujol, *op. et loc. cit.*

délivré par l'autorité compétente, que, dans le lieu où ils ont leur domicile ou leur résidence, durant les deux années antérieures, leur mariage a été publié avec toutes les solennités requises (art. 91). Pour des causes graves, suffisamment prouvées, le gouvernement peut dispenser de la publication des bans. Le juge municipal le peut également lorsqu'une personne est en danger imminent de mort, qu'elle soit domiciliée dans la commune ou simplement de passage. De même pour les militaires en campagne ou marins (art. 92, 83, 94 et 95). Le mariage peut être célébré en personne, ou par mandataire muni de pouvoirs spéciaux (art. 87). Si deux juges municipaux sont compétents pour célébrer le mariage, le choix appartient aux parties (art. 88) (1).

Pour la célébration même, les contractants comparaissent devant le juge municipal, soit ensemble, soit l'un d'eux et le mandataire de l'autre accompagnés de deux témoins majeurs et *sans tache légale*. « Le juge municipal, après avoir lu l'article 56 et l'article 57, demandera à chacun des contractants s'il persiste de contracter mariage et si effectivement il le contracte. Sur la réponse affirmative de l'un et de l'autre, il dressera l'acte de mariage avec toutes les mentions nécessaires pour constater l'accomplisse-

(1) Lehr, *op. cit.*, nos 366-370, p. 171-172 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 447-448.



ment des formalités exigées par cette section. Cet acte sera signé par le juge, les parties, les témoins et le secrétaire du tribunal » (C. civ. esp., art. 100). Le Code ne spécifie pas le local dans lequel la cérémonie doit avoir lieu, ni spécialement son caractère obligatoire de lieu public (1).

#### IX. — Etats-Unis de l'Amérique.

Le mariage, aux Etats-Unis, n'est du domaine de la législation que dans une mesure très restreinte. En ce qui concerne spécialement les formes du mariage, aucune loi importante n'a été votée par le Congrès (2). La grande majorité des Etats de la Confédération ont conservé les règles de l'ancienne *common law* anglaise (d'avant 1752) (3). Le mariage y est purement *consensuel*, et il suffit, pour qu'il existe, que les consentements aient été échangés, « de quelque manière et dans quelques circonstances que ce soit (4) ». Le mariage peut se prouver par tous les moyens possibles : possession d'état, témoignages, la cohabitation, l'aveu. Ainsi, si le fait de la cohabi-

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 371, p. 173 ; Weiss, *op. et loc. cit.*, L. Boujol, *op. cit.*, p. 44.

(2) V. ci-dessus, p. 43. Cf. Lehr, *op. cit.*, n° 382, p. 178-179.

(3) P. Pic, *op. cit.*, p. 72 ; Lehr, *op. cit.*, n° 384, p. 180.

(4) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 448. Cf. W. Beach Lawrence, *sur Wheaton*, t. III, p. 323 et suiv. ; P. Pic, *op. et loc. cit.* ; *Journal du dr. int. pr.*, 1878, p. 544, et 1880, p. 315.

tation est établi, c'est à celui qui prétend le contraire qu'il n'y a pas mariage à le démontrer : *semper præsumitur pro legitimatione puerorum* (1).

Voici une cause, souvent citée, que les Cours de l'Etat de New-York ont eu à juger. « Un Américain, M. Bissel, s'était engagé à se marier ; mais il était convaincu que sa conscience s'opposait à l'accomplissement de toute cérémonie ecclésiastique ou séculière. Non seulement, il s'opposa à la présence de tout ecclésiastique et de tout magistrat à la cérémonie, mais encore il ne voulut aucun hôte, aucun témoin pour la célébration du mariage. Il emmena la femme qu'il avait choisie, dans une promenade en voiture. Quand les deux fiancés se trouvèrent seuls dans la voiture, personne ne pouvant les voir ou les entendre, M. Bissel tira un anneau de sa poche et, le passant au doigt de la fiancée, dit : « Ceci est votre anneau nuptial ; nous sommes mariés. » La femme ayant donné son assentiment, il ajouta : « Je veux vivre avec vous, et prendre soin de vous, tous les jours de ma vie, vous considérant comme ma femme. » La voiture les conduisit à une maison, où M. Bissel avait retenu un appartement *pour lui et sa femme*. Ils restèrent là un mois, le mari traitant la femme comme une épouse légitime ; mais à la fin du mois ils se

(1) P. Pic, *op. et loc. cit.* — Arrêt de la Cour d'appel de New-York, du 6 mars 1883, trad. et publié avec notes par M. Lebreton, dans le *Journal de dr. int. pr.*, 1884, p. 428.

brouillèrent et se séparèrent. *Le mariage fut déclaré valable* (1). »

On peut se demander si une telle liberté donnée aux parties et un si grand manque de contrôle de la part des autorités, ne sont pas plutôt nuisibles. Les juristes américains nous répondent qu'avec une telle législation la femme est vraiment protégée. « Mais est-il bon que la femme soit à tel point *protégée* ? se demande avec raison M. Pic. Une telle loi n'organise-t-elle pas un véritable *concubinage légal*, détruisant la dignité du mariage ? Le consentement des parents n'est jamais requis ; aucune autorité n'intervient pour constater l'union, en sorte qu'il est aussi fréquent de voir aux Etats-Unis de faux mariages validés, que des mariages sérieux contestés. Cette loi, soi-disant protectrice des femmes, se retourne contre elles ; l'absence de toute publicité légale, de toute preuve régulière, expose les véritables épouses à voir leur titre d'épouse contesté, en même temps qu'elle favorise les fraudes les plus graves ; grâce à la clandestinité des mariages, les cas de bigamie sont fréquents en Amérique, et la sévérité des lois est impuissante à réprimer ce crime (2). »

M. Pic écrivait ces lignes en 1885. Deux ans plus tard, le Congrès votait une loi générale du 3 mars

(1) *Journal de dr. int. pr.*, 1879, p. 237.

(2) P. Pic, *op. cit.*, p. 43. V. W. B. Lawrence, *sur Wheaton*, t. III, p. 326.

1887, qui décidait que toute *cérémonie* de mariage, célébrée sur l'un des territoires de l'Union, devait être prouvée par un certificat indiquant, en dehors de la nature de la cérémonie, les noms des parties et celui de l'officiant. Ce dernier est obligé de déposer le certificat, signé par lui et les parties, au rang des actes publics de la Cour de *Probate* de la circonscription. Ce certificat fait foi jusqu'à preuve contraire des faits constatés (art. 9); mais les anciens modes de preuve sont maintenus (art. 10) (1).

Dans presque tous les Etats où des publications de bans sont prévues par la loi, les projets de mariage sont portés à la connaissance de qui de droit par une demande de *licence*, adressée par les futurs au *county clerk*, au *judge of probate*, ou autre officier public compétent. Cette *licence* autorise tout ministre du culte, toute personne qualifiée, à célébrer le mariage des parties, et l'invite de venir ensuite se présenter au bureau du fonctionnaire pour y certifier la célébration de l'union. Cependant certains Etats, comme ceux de New-Hampshire et de Vermont, ont conservé l'ancienne coutume d'annoncer des mariages projetés, soit aux services divins du dimanche, soit à l'assemblée communale. La licence est exigée dans

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 449. — Une autre loi fédérale de 1862 (*Revised Statutes of united States* [1873-1874], § 5352), interdit également la polygamie, mais sans prendre des mesures préventives (Lehr, *op. cit.*, n° 382, p. 179).

les Etats d'Alabama, Connecticut, Delaware (qui admet également l'annonce à l'église), Florida, Georgia, Illinois (admet aussi l'annonce à l'église), Iowa, Kentucky (admet aussi un certificat de publicité par voie d'affiches à l'office de l'état civil), Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Missouri, Mississippi, North-Carolina, Nebraska, Ohio, South-Carolina, Tennessee, Texas, Virginia et West Virginia. Ajoutons immédiatement que, même d'après les Statuts particuliers de ces Etats, les mariages contractés sans bans ni licence ne sont pas atteints d'une nullité absolue (1).

Une loi du 19 mai 1894, votée dans l'Etat de Massachusetts, décide que les parties doivent affirmer par serment la vérité des énonciations contenues dans la déclaration du mariage, lorsque le *clerk* a des doutes quant à l'exactitude de ces énonciations (2).

Sur un point, les statuts locaux concordent tous : une fois la *licence* délivrée, le mariage peut être célébré par un ministre du culte ou — en cas où on ne peut pas recourir à un ecclésiastique — par un officier public. Lorsque le mariage est célébré par un ecclésiastique, celui-ci se conforme aux règles de son Eglise (3).

Dans le district fédéral de Columbia, tout ministre

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 406, 407, p. 187, 188.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1897, t. XXVI, p. 948.

(3) *Ibid.*, 1895, t. XXIV, p. 911.

d'une Eglise chrétienne, même s'il réside dans un autre Etat de l'Union, est compétent pour célébrer un mariage. Sont encore compétents pour célébrer un mariage, tout juge de *record* ou tout juge de paix. Lorsque les futurs appartiennent à une secte religieuse qui n'a pas de ministres, le mariage peut être célébré par une personne désignée par les règlements ou usages de cette secte (loi du 13 mai 1896, art. 2) (1).

Dans l'Etat de New-York, une loi entrée en vigueur le 26 mars 1888 (2), décide que pour être *registered* et avoir force authentique, le mariage doit être célébré par les personnes suivantes : 1° les ministres de l'Evangile ou d'une société religieuse légalement incorporée, le *leader* de la société pour la culture morale de la New-York, et les prêtres de toute dénomination ; — 2° les maires, *recorders* et *aldermen* des villes ; — 3° les juges des cours de comité et les *justices of peace* ; — 4° les *justices* et les juges des cours de *record*. Pour les Indiens, le *peace maker* de la circonscription (*Rev. Stat.*, II, 139, § 8 ; *Proj. de C. civ.*, § 51). Le mariage, célébré par une des personnes ci-nommées, en présence des parties et d'un ou plusieurs témoins, a force authentique.

Dans les Etats du Connecticut, du Maine, du New-

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1897, t. XXVI, p. 748.

(2) *Ibid.*, 1889, p. 946.

Hampshire et du Massachusetts, l'intervention d'un ecclésiastique ou *magistrate* est nécessaire (1). Dans ce dernier Etat ne peuvent procéder aux mariages que les personnes désignées par les statuts sous peine d'une amende qui peut monter jusqu'à 500 dollars et d'un emprisonnement d'un an. De plus, les personnes compétentes doivent parler et écrire l'anglais, et les rabbins doivent justifier de leur dénomination régulière et de l'existence de la synagogue à laquelle ils se disent attachés (loi du 22 avril 1896) (2).

Dans l'Etat d'Indiana, les mariages sont célébrés par un ministre du culte, par un *judge* ou un *justice of peace* (3).

Dans l'Illinois, sont compétents : 1° tout ministre du culte ayant une situation régulière dans son Eglise ou corporation religieuse ; — 2° les juges d'une cour de *record* ; — 3° les *justices of peace* ; — 4° les directeurs des hospices de sourds et muets existant dans l'Etat (*Rev. Stat.* de 1874, c. 89, § 4). Si les deux futurs appartiennent à la secte des *Quakers*, ils doivent, huit jours avant la consommation de leur union, annoncer leur intention de se prendre pour mari et femme, dans une assemblée publique ou privée de leur corporation (loi du 30 mai 1881) (4).

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 409, p. 190.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1897, t. XXVI, p. 756.

(3) Lehr, *op. et loc. cit.*

(4) Lehr, *op. et loc. cit.*



Dans l'Etat de Virginia, la loi exige la formalité d'une *licence* et la solennisation par un ministre du culte ou un *magistrate*, sous peine de nullité. Mais les mariages contractés devant des faux magistrats ou des faux ecclésiastiques sont valables pourvu que les parties soient de bonne foi (1).

Presque tous les Etats exigent l'inscription du mariage sur des registres publics tenus à cet effet, même ceux qui n'exigent pas une *licence* ou des publications préalables. Cette inscription doit être faite, suivant les Etats, auprès du *judge of probate* ou auprès du *clerk of the county court* ou auprès du *county recorder* ou encore auprès des : *county clerk, town registrar, ordinary of the county, parish judge, town clerk, clerk of the orphan's court, recorder of the county court, clerk of the probate court* (2).

Malgré toutes ces dispositions locales, la *common law* forme le fonds de la législation américaine, et l'intervention d'un ecclésiastique ou officier civil n'est pas essentielle au mariage. La transgression des statuts locaux a pour sanction diverses pénalités, mais non, en général, la nullité du mariage. Cette théorie, confirmant la nécessité seule du consentement libre des parties pour la validité du mariage, a été proclamée par la Cour suprême des Etats et par

(1) P. Pic, *op. cit.*, p. 44. Cf. Lawrence, dans la *Revue de droit international*, 1870, pp. 53 et 243.

(2) Cf. Lehr, *op. cit.*, n° 411, p. 191.

les Cours des Etats d'Alabama, Carolina (South), California, Georgia, Indiana, Illinois, Maryland, Michigan, Minnesota, Missouri, Mississippi, New-Hampshire, New-York, Kansas, New-Jersey, Kentucky, Pennsylvania, Rhode-Island, Tennessee, Vermont, Ohio (1).

**X. — France.**

Nous n'allons pas redire ce qu'était le mariage avant la révolution de 1789. Pour résumer, nous dirons qu'avant le Concile de Trente ce qui constituait le mariage c'étaient les *verba de præsenti* ou les *verba de futuro* lorsqu'il y avait cohabitation ultérieure. Les mariages des juifs selon leur loi étaient simplement tolérés (2).

Cet état offrait de grands dangers, car comment distinguer l'union légitime du concubinage? comment combattre la bigamie ou l'inceste, lorsque les mariages sont clandestins? C'est pour changer cet état de choses que le *Concile de Trente* rendit le décret de 1563, qui exige la célébration du mariage devant le curé de la paroisse de l'une des parties, et en présence de deux témoins. L'ordonnance de Blois, de 1579, quoique réservant au pouvoir civil le droit de déterminer les conditions de capacité, considéra

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 412, p. 192.

(2) P. Pic, *op. cit.*, p. 19.

les curés catholiques comme de véritables officiers de l'état civil et confirma, en ce qui concerne les formalités, les décisions du Concile de Trente (1). Les protestants étaient obligés d'échanger leurs consentements au mariage, devant le curé, qui, au lieu de bénir l'union, jouait un rôle purement passif (2). Ce qui prouve encore que, malgré le décret de 1573, c'était le consentement qui faisait le mariage. Mais l'édit de Nantes (15 avril 1598) accorda aux pasteurs le droit de célébrer les mariages de leurs fidèles (art. 28-29) (3). Cent ans après, l'édit de Fontainebleau (octobre 1685) révoquait l'édit de Nantes. Les pasteurs protestants furent obligés de quitter le royaume, et les fidèles forcés d'y rester « sous peine... de galères et de confiscation de corps et de biens... », étaient dorénavant considérés comme catholiques, et forcés de contracter mariage légitime devant le curé catholique. Le clergé catholique se prêta d'abord aux circonstances, mais au milieu du xviii<sup>e</sup> siècle il prétendit s'assurer de la catholicité des contractants, refusant autrement de célébrer le mariage (4). L'édit de novembre 1787 rendit aux pro-

(1) Esmein, *Le mariage canonique*, II, p. 203 et s. ; P. Pic, *op. cit.*, 22.

(2) P. Pic, *op. cit.*, p. 23.

(3) A. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 1903, p. 666.

(4) *Ibidem*, p. 667-669. — *Le mariage en droit canonique*, t. II, p. 236. Ils avaient cependant une condition privilégiée en Alsace

testants une partie de leurs droits. En ce qui concerne la célébration de leurs mariages, ils pouvaient choisir comme officiers de l'état civil entre le curé catholique, qui s'abstenait de toute bénédiction, et le juge royal des lieux.

La Révolution sécularisa le mariage. La Constitution de 1791 inscrivait le principe suivant : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil » ; et la loi du 20 septembre 1792 organisa le mariage comme tel. Les curés furent remplacés par des officiers de l'état civil, et ces fonctions, confiées aux maires et adjoints (loi 28 pluviôse, an VIII, art. 13). Pour faire respecter le principe de la sécularisation, le Code édicta des peines contre les prêtres qui béniraient une union sans s'assurer si le mariage civil a été préalablement célébré.

Les formalités relatives à la célébration du mariage sont comprises dans le Code civil aux articles 63 à 65, 70 à 76, 165 à 169.

Tout mariage doit être précédé de publications qui doivent consister dans une *annonce orale*, faite au public par l'officier de l'état civil, et indiquant les noms et domiciles des futurs époux, leur qualité de majeur ou de mineur, et les noms de leurs pères et mères. Cette annonce doit être faite *deux dimanches*

(v. Beauchet, *Etude sur les formes de la célébration du mariage dans l'ancien droit français*, dans la *Nouvelle revue historique*, 1882, p. 671 et suiv.).

*de suite*, à la porte de la maison commune. Enfin une affiche annonçant le mariage est apposée à la porte de la mairie — pendant l'intervalle des deux publications (art. 63 et 64). — Dans la pratique, les choses se font autrement, du moins dans les villes. On se borne à rédiger l'acte de publications sur le registre, et à placer une affiche dans un tableau spécial où elle reste pendant le temps requis. En échange, les mariages reçoivent une publicité plus efficace par les journaux. Cependant ce moyen de publicité fait défaut à Paris. Les publications orales ne se font plus que dans quelques communes rurales (1).

Le mariage ne peut être célébré avant le troisième jour, depuis et non compris celui de la seconde publication ; et, après une année à compter de l'expiration du délai des publications (art. 64 et 65).

« Les deux publications ordonnées (2)... seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile » (art. 166). — « Néanmoins, si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites, en outre, à la municipalité du dernier domicile » (art. 167). — « Si les parties contractantes, ou l'une d'elles, sont, relativement au mariage, sous la

(1) Planiol, *op. cit.*, t. III, 2<sup>e</sup> éd., p. 34, n<sup>o</sup> 112.

(2) L'ordonnance de Blois, mai 1579, art. 40, exigeait *trois* publications de bans faites par trois divers jours de fête, avec intervalle compétent.

puissance d'autrui, les publications seront encore faites à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent » (art. 168).

« Il est loisible au Roi [Président de la République] ou aux officiers qu'il proposera à cet effet, de dispenser, pour des causes graves, de la seconde publication » (art. 169). Il peut y avoir ainsi une abréviation de *sept jours*. Si on prenait le texte de l'article 169 à la lettre, cette dispense ne serait d'aucune utilité, car s'il fallait s'adresser à Paris, il serait plus court de faire les deux publications que d'attendre une réponse venant d'un ministre. Heureusement l'arrêté du 20 prairial, an X, a confié ce soin aux procureurs de la République.

« L'officier de l'état civil se fera remettre l'acte de naissance de chacun des futurs époux. Cet acte ne devra pas avoir été délivré depuis plus de trois mois, s'il a été délivré en France, et depuis plus de six mois, s'il a été délivré dans une colonie ou dans un consulat. Celui des époux qui serait dans l'impossibilité de se le procurer, pourra le suppléer en rapportant un *acte de notoriété* délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance, ou par celui de son domicile » (art. 70, modifié par la loi, 17 août 1897) (1). Cet acte

(1) V. Avis du Conseil d'Etat du 4 thermidor, an XIII (23 juillet 1805) *sur les formalités relatives au mariage*. — Cf. Avis du Conseil d'Etat du 30 mars 1808 ; Ord., 23 octobre 1833 ; loi du 10 déc. 1850.

de notoriété (v. art. 71 et 72 du Code civil) est une faveur très appréciable accordée aux parties. — L'officier se fera encore remettre *les actes constatant le consentement des parents*, du conseil de famille ou du tuteur *ad hoc* (art. 73, modifié par la loi du 20 juin 1896); — *l'acte respectueux*, s'il en a été fait (v. art. 151 à 160); — l'autorisation de mariage donnée par l'autorité supérieure militaire, les certificats de publications; — les certificats de non-opposition; — l'acte de décès du premier conjoint, si l'un des époux a été déjà marié; — la mainlevée des oppositions qui ont pu être formées; — l'acte ou décret accordant, s'il y a lieu, les dispenses d'âge, de parenté ou d'alliance, ou la dispense de la seconde publication, etc., etc. (1).

Le mariage ne peut être célébré n'importe où. « Le droit de se marier — dit M. Planiol — est un de ceux dont l'exercice est *localisé* (2). » Il existe une controverse sur la détermination du domicile matrimonial. Elle provient de la contradiction des articles 74 et 165 du Code.

« Le mariage sera célébré publiquement, devant

(1) « Les exigences paperassières des bureaux rebutent beaucoup de pauvres gens qui reculent devant tant de formalités et ne se marient pas » (Planiol, *op. cit.*, t. III, 2<sup>e</sup> éd., p. 46, n° 156). « Grâce aux auteurs du Code civil, écrit M. d'Haussonville, le mariage est devenu un luxe » (*eod. loc.*).

(2) Planiol, *op. cit.*, t. III, 2<sup>e</sup> éd., p. 52, n° 173.



l'officier *du domicile* de l'une des parties », dit l'article 165.

« Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile. *Ce domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune* », prescrit l'article 74.

La question est : le domicile dont parle l'article 165 est-il celui de l'article 102 (1) ou le domicile spécial visé par l'article 74.

Ceux qui soutiennent la théorie suivant laquelle il n'y a qu'un seul domicile matrimonial, celui de l'art. 74, s'appuient sur des arguments sérieux. « D'abord *elle est seule en harmonie avec les motifs de la loi* : il peut arriver qu'une personne ait son domicile dans une commune qu'elle n'habite plus depuis longtemps, ou elle est oubliée ; ou bien, à l'inverse, qu'elle veuille se marier immédiatement dans une commune où elle vient d'établir son domicile et où elle n'est pas encore connue. En second lieu, *la disposition additionnelle de l'art. 74 se trouvait primitivement à la fin de l'art. 165*, et c'est seulement dans la discussion au Conseil d'Etat qu'on jugea convenable de la renvoyer au titre *Des Actes de l'état civil*, ce qui prouve bien que l'art. 165 n'entendait pas parler du domicile ordinaire. Enfin, elle a été consa-

(1) C. civ. fr., art. 102. — « Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement. »

crée législativement par un *Avis du Conseil d'Etat*, du 21 septembre 1805, relatif aux militaires (1). »

Cependant une solution plus large a triomphé dans la pratique actuelle. On admet communément que les futurs ont le choix et qu'ils peuvent se marier, soit en vertu de l'art. 74, dans la commune où l'une d'elles réside depuis six mois sans y avoir son domicile, soit en vertu de l'art. 165, dans la commune où l'une d'elles a son domicile quoiqu'elle n'y réside pas. Comme cette situation peut se produire par chacun des futurs, ils auront à choisir entre quatre communes différentes pour la célébration de leur mariage (2).

En faveur de cette solution plaident :

1° *La tradition*, car la loi sur l'état civil de 1792, que le Code civil reproduit textuellement, avait été interprétée dans le même sens par le décret du 22 germinal an II (3).

2° *La discussion du Conseil d'Etat*. Lorsque, dans la

(1) Planiol, *op. cit.*, t. III, 2<sup>e</sup> éd., p. 52 et 53, n° 175. — Voici le texte de ledit *Avis* : « Le Conseil d'Etat est d'avis que les militaires, lorsqu'ils se trouvent sur le territoire de l'Empire, ne peuvent contracter mariage que devant les officiers de l'état civil des communes où ils ont résidé sans interruption pendant six mois, ou devant l'officier de l'état civil de la commune où leurs futures épouses ont acquis le domicile fixé par l'art. 74 du C. civ. ».

(2) Orléans, 9 août 1890 (D. P., 91, 2, 235). — Comp., Cass., 15 juin 1887 (D. P., 88, 1, 412, S., 90, 1, 446).

(3) Planiol, *op. cit.*, t. III, 2<sup>e</sup> édit., p. 53, n° 176.

séance du 26 septembre 1801, le Premier Consul demanda si une personne pourrait célébrer son mariage dans une commune où elle était domiciliée mais où elle n'avait pas la résidence requise par l'art. 74, Tronchet répondit oui, parce qu'on a le droit de célébrer le mariage dans les deux communes : du domicile et de la résidence (1).

3° L'*avantage pratique* qui résulte du fait que les parties qui changent de domicile, peuvent se marier sans attendre six mois. Lorsque les députés alsaciens et lorrains — après la cession des deux provinces — voulurent présenter une proposition de loi qui autorisait le mariage, en cas de changement de domicile, après une résidence d'un mois, la commission de l'Assemblée nationale estima ce projet inutile, parce que les textes du Code civil n'exigent pas une résidence de six mois pour ceux qui veulent se marier au lieu de leur domicile réel. Le ministre de la Justice adressa le 21 décembre 1871, une circulaire aux procureurs généraux en ce sens (D. P., 72, 3, 16, s., 71, 2, 283). On peut donc considérer ce fait comme une interprétation législative. La loi belge du 26 décembre 1891, remplaçant les articles 63-65, 74, 165-169 du Code civil, dispose à son art. 8 que « le mariage sera célébré... dans la commune où l'un des époux aura son domicile ou sa résidence... (2) »

(1) Fenet, t. IX, p. 27.

(2) V. ci-dessus, p. 291.

Orescu.

Le mariage doit être célébré « dans la commune » (art. 74) du domicile ou de la résidence, et « devant l'officier civil du domicile (ou de la résidence) de l'une des parties » (art. 165). Hors de la commune, l'officier est incompétent à raison du lieu (1). « Le jour désigné par les parties après les délais des publications, l'officier de l'état civil, dans la maison commune, en présence de quatre témoins, parents ou non parents, fera lecture aux parties, des pièces ci-dessus mentionnées, relatives à leur état et aux formalités du mariage, et du chapitre VI du titre *du Mariage*, sur les droits et les devoirs respectifs des époux. — Il interpellera les futurs époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, si elles sont présentes, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat du mariage, et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les noms et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu. — Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme (2); il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ » (art. 75).

L'antériorité nécessaire du mariage civil est prescrite par la loi du 18 germinal an X (8 avril 1802),

(1) Comp., C. civ. ital., art. 96.

(2) Les sourds-muets peuvent manifester leur consentement d'une manière quelconque (Bordeaux, 29 décembre 1856, D. P., 57, 2, 173 et la note).

contenant les dispositions organiques du Concordat. Cette loi défendit aux curés de donner la bénédiction nuptiale aux personnes qui ne justifieraient pas de la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil (art. 54). De plus les art. 199 et 200 du Code pénal prononcent contre les ministres du culte l'*amende* pour la première contravention, la *prison* pour la seconde, la *déportation* pour la troisième (1).

#### XI. — Grande-Bretagne et Irlande.

##### § I. — Angleterre.

Dans les temps reculés, en Angleterre, comme dans tous les pays de droit germanique, le mariage consensuel, sans aucune formalité extérieure, était le droit commun (*Common law*). Les abus de clandestinité firent que le Parlement, vota en 1753, un *Marriage*

(5) « Beaucoup de gens se plaignent de cet état de choses. C'est cependant le seul régime possible depuis la scission irrévocable, qui s'est produite entre la législation civile et la jurisprudence canonique. On ne saurait subordonner les effets du mariage civil à la célébration du mariage religieux quand les parties veulent les deux à la fois : conventions matrimoniales, droits du mari, capacité de la femme, intérêts des tiers, tout resterait dans l'incertitude pendant l'intervalle d'une cérémonie à l'autre. Encore moins peut-on songer à autoriser la célébration du service religieux le premier. C'est le système suivi en Italie où il a produit tant d'abus... » (Planiol, *op. cit.*, t. III, 2<sup>e</sup> éd., p. 51-52, n<sup>o</sup> 172).

*Act*, dit aussi *Lord Hardwick's Act* (1), qui exigeait, sous peine de nullité, que le mariage eut lieu devant un ministre de l'Eglise anglaise. Exception était faite pour les juifs et les quakers (*Society of Friends*) qui pouvaient se marier selon leurs rites particuliers. Pour protéger la liberté de conscience, après la loi de 1823 (2), Lord John Russell fit voter, le *Marriage and Registration Act* du 17 août 1836 (3), qui institua pour ceux qui n'appartenaient pas à l'Eglise d'Angleterre, les formes civiles du mariage. Cette loi fut complétée en 1898 par une loi qui accorda aux dissidents des droits plus complets (4).

Tout mariage doit être précédé de trois publications faites de dimanche en dimanche dans la paroisse où l'on veut faire célébrer le mariage. Le ministre du culte ou officier public qui doit faire les publications exige une note indiquant les noms et adresses des parties, ainsi que le nombre des jours de résidence dans la circonscription. Cette note est transcrite sur le *Marriage notice book*, et toute personne, qui veut faire opposition n'a qu'à écrire le mot *forbidden*, pour empêcher la délivrance du certificat constatant que les publications ont été faites (St. 6 et 7, Will. IV,

(1) Stat. 26, Geor. II, c. xxxiii.

(2) Stat. 4, Geor. IV, c. lxxvi.

(3) Stat. 6 et 7, Will, IV, c. lxxxv.

(4) *Annuaire de législation étrangère*, 1898, t. XXVII, p. 73 et suiv.

c. LXXXV). Le mariage doit être célébré dans les trois mois qui suivent la délivrance du certificat, sous peine de faire de nouvelles publications (1).

On peut avoir dispense de publications, par l'obtention d'une *Ordinary (or common) Licence*, qui peut être accordée par les Archevêques ou Evêques, pour le mariage religieux, par le *superintendent registrar* pour le mariage civil. Cette licence suppose une résidence dans la localité d'au moins quinze jours (Stat. 4, Geor. IV, c. LXXVI, sect. 10 et 16 à 18 ; Stat. 19 et 20, Vict., c. CXIX, Sect., 2) (2).

Après la délivrance du *certificate* ou de la *licence* on peut procéder à la célébration du mariage.

Les mariages célébrés par un ministre de l'Eglise anglaise (*Established church*), sont régis par le rituel de cette Eglise (*Book of common Prayer*). La cérémonie a lieu dans le local de l'église paroissiale (*parochial church*), aux heures canoniques, c'est-à-dire entre 8 heures du matin et 3 heures de l'après-midi. L'archevêque de Canterbury peut accorder, moyennant une taxe de £ 29, 5<sup>s</sup>, 5<sup>d</sup> (732 francs), une *Special marriage licence*, qui permet de faire célébrer le mariage dans un autre lieu ou aux heures non

(1) Lehr, *Mariage*, n° 455, p. 213, et *Eléments de droit civil anglais*, n° 96.

(2) Lehr, *Mariage*, n° 456.



canoniques (Stat. 26, Geor. II, c. xxxiii; Stat. 4, Geor. IV, c. lxxvi, sect. 21 (1).

Après l'Act de 1836, les dissidents pouvaient faire célébrer leurs mariages dans les édifices « enregistrés » ou affectés au culte, par les ministres de leur culte, mais la présence d'un *registrar* (officier de l'état civil), assisté de deux témoins, était nécessaire à l'échange des consentements des parties (St. 19 et 20, Vict., c. cxix, s. 12) (2). Depuis l'Act de 1898, le mariage peut être célébré par les personnes compétentes (*authorised person*), sans que la présence du *registrar* soit nécessaire (3).

Le mariage purement civil a lieu dans le bureau du *registrar*. Il consiste dans l'échange solennel des consentements en présence de deux témoins. Chaque partie prononce la déclaration suivante : « Je déclare solennellement que je ne connais aucun empêchement à ce que moi, A. B., je m'unisse en mariage à C. D., et je prends à témoin les personnes ici présentes, que moi, A. B., je vous prends, vous, C. D., pour mon épouse [ou mari] (*I do solemnly declare that I know not of any lawful impediment why I, A. B., may not be joined in matrimony to C. D., and I call upon these persons here present to witness that I, A. B.,*

(1) Lehr, *Mariage*, n° 457.

(2) Lehr, *Mariage*, n° 458 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 439.

(3) *Annuaire de législation étrangère*, 1898, t. XXVII, p. 73 et s.

*to take thee, C. D., to be my lawful wedded wife [or, husband])* (1).

Les quakers et les israélites, dont les mariages sont régis par le *Marriage act* de 1753, ne sont pas obligés de requérir la présence du *registrar*, mais ils sont tenus de demander à ce fonctionnaire un certificat constatant qu'ils ont fait les publications légales ou obtenu une *licence*, et l'échange des consentements est constaté par des officiers spéciaux désignés par ces communautés : pour les israélites, le secrétaire de la synagogue, pour les quakers un officier spécial de la « Société » (*registering officer of the Society of Friends*) (2).

Le mariage fut-il célébré civilement, ou dans une église anglaise ou dissidente, ou suivant les rites des quakers ou des juifs, cet acte doit être transcrit sur des registres spéciaux tenus par les personnes désignées à cet effet (*the authorized persons*) : ecclésiastique ou *registrar*. Des copies des registres sont adressées tous les trois mois au *Superintendent Registrar of the district* (Statuts 6 et 7 de Will., IV, et 1, Vict., c. xxii) (3).

(1) St., 6 et 7, Will, IV, c. Lxxxv. — Dans les contrées où la langue galloise est employée, ces paroles seront dites en gallois (*ibid.*, sect. 23).

(2) Cf. Lehr, *Mariage*, n° 460, p. 245.

(3) Pour toute la matière, v. Colvafru, *Du mariage et du contrat de mariage en Angleterre et aux Etats-Unis*, Paris, 1868 ; Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, n° 93 et suiv., et *Le mariage*, n° 441

§ II. — *Ecosse.*

Le droit écossais est la fidèle image du droit canonique d'avant le Concile de Trente, et il n'exige, sous peine de nullité, aucune publication, solennité ou célébration, mais il demande aux parties leur consentement libre et sérieux (*free and serious consent*).

Vers 1242, des ordonnances de l'Assemblée générale de l'Eglise d'Ecosse prescrivent certaines mesures de publicité (célébration par un clergyman après la publication des bans). Peu à peu, à côté du mariage parfait *solo consensu*, qui est de l'essence de la *common law*, nous voyons s'établir un mariage dit régulier (*Regular marriage*), en opposition avec le premier appelé irrégulier (*Irregular marriage*).

Le *mariage régulier* suppose la publication des bans et la célébration par un membre du clergé en présence de deux témoins au moins (1).

Les bans sont proclamés trois dimanches de suite à l'église presbytérienne officielle de la résidence de chacun des futurs (*in the parish church of the Esta-*

et suiv. ; Guillaume, *op. cit.*, p. 419 et s. ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 438-440 ; Gonse, *Etude sur la législation relative à la célébration du mariage en Angleterre, en Ecosse et en Irlande* (Bulletin de la Soc. de lég. comp., 1874-75, p. 80 et s.) ; Boujol, *op. cit.*, p. 49 et s.

(1) Lehr, *Mariage*, n° 496, p. 232.

*blished Church of Scotland*) à l'heure du service divin (St. 10, Anne, c. vii (1). Jusqu'en 1878, cette proclamation à l'église officielle avait lieu même lorsque les parties appartenaient à l'Eglise anglaise ou à des sectes dissidentes (2). En pratique, on fait les trois proclamations successivement le même dimanche. Le *sessionclerk* délivre un certificat constatant l'accomplissement de la formalité (3).

Ce certificat est remis à l'ecclésiastique qui doit célébrer le mariage, avec un formulaire qu'il remplit après la cérémonie et qu'il signe avec les conjoints et les témoins. Ce formulaire, ayant le caractère d'un acte de mariage, est ensuite transmis au *registrar* de la paroisse qui l'inscrit sur le double registre de la paroisse. Le *registrar*, s'il est requis, doit assister au mariage (Stat. 17 et 18, Vict., c. Lxxx, s. 46 et 47. Cf. Stat. 24 et 25, Vict., c. Lxxxv (4).

Le mariage est célébré par un ministre du culte, le mariage civil *régulier* n'existant pas, mais il n'est pas indispensable que la célébration ait lieu dans un local cultuel. La présence même de cet ecclésiastique n'est pas requise sous peine de nullité, mais

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 497.

(2) Boujol, *op. cit.*, p. 16. — V. aussi Stocquart, *Le mariage en droit écossais* (*Journal du dr. int. pr.*, 1902, p. 746 et 988).

(3) Lehr, *op. et loc. cit.*

(4) Lehr, *op. cit.*, n° 498.

les parties et celui qui a officié à sa place sont soumis à des pénalités (1).

L'officiant doit demander aux parties, en présence de deux témoins connaissant les futurs, si elles entendent réellement se prendre pour mari et pour femme (2).

Le *mariage irrégulier* ou clandestin produit son effet, mais l'officiant, les parties et les témoins sont passibles de peine, rarement appliquées lorsque le fait ne se complique pas de fraude ou d'usurpation du caractère ecclésiastique (3).

Le mariage est considéré comme irrégulier lorsque le ministre du culte n'appartenait pas à une corporation religieuse reconnue, ou par un laïque usurpant cette qualité de ministre du culte, ou sans publication préalable des bans, ou devant un magistrat, ou seulement devant des témoins, ou moyennant une simple déclaration écrite des parties. Pour qu'il y ait mariage — même irrégulier — il est absolument besoin de cette déclaration faite par les époux de leur volonté de s'unir actuellement (*verba de præsenti*). S'ils manifestent leur volonté de s'unir, mais entendent faire célébrer leur mariage

(1) Ferguson, *Consistorial law*, 111, et Hume, *Criminal law*, t. II, p. 327, cités par Lehr, *op. cit.*, n° 499.

(2) Lehr, *op. cit.*, n° 500.

(3) Hume, *Criminal law*, t. I, p. 463, 465, cité par Lehr, *op. cit.*, n° 501. Cf. Pic, *op. cit.*, p. 32 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 440.

en bonne forme, ce consentement n'engendre pas le mariage, mais il y a une promesse de mariage, *sponsalia per verba de futuro* (1).

Les personnes qui se sont unies en mariage devant un *magistrate* ou *justice of peace*, ont le droit de faire enregistrer ce mariage et le célébrant est obligé — sous pénalité — de faire porter le fait à la connaissance du *registrar*. Lorsqu'une déclaration de mariage se produit devant un tribunal, c'est le greffier du tribunal qui est tenu, sous une pénalité, d'avertir le *registrar* (Stat. 17 et 18, Vict., c. Lxxx, sect. 48 et 49) (2).

Une simple promesse de mariage (*sponsalia per verba de futuro*) non seulement ne peut être considérée comme constituant le fait du mariage, mais encore ne confère pas le droit à l'un de contraindre l'autre à passer outre à la célébration. Mais si cette promesse est suivie de cohabitation et qu'en fait le mariage a été consommé, en Ecosse comme dans toutes les contrées régies par le droit germanique, on admet que chacune des parties peut s'adresser au tribunal pour constater qu'en réalité il y a mariage. Lorsque le mariage a été célébré *in facie ecclesiæ*, la loi ne se préoccupe pas de savoir s'il a été réellement consommé : *consensus, non concubitus facit matrimo-*

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 501 ; Weiss, *op. et loc. cit.* ; P. Pic, *op. et loc. cit.*

(2) Lehr, *op. cit.*, n° 502, p. 234.

*nium*. Mais en matière de promesses de mariage, si la cohabitation existe et si elle est constatée, la loi présume qu'il y a consentement actuel au mariage, pourvu que le fait se passe en Ecosse (1).

Le mariage irrégulier peut se prouver par écrit, par comparution devant un magistrat, devant un ministre non légalement reconnu, devant un laïque usurpant les fonctions ecclésiastiques ou devant deux témoins ; il peut encore s'induire de toutes les circonstances, même de la commune renommée, pourvu qu'il y ait cohabitation (*marriage by habit and repute*). Pour qu'il y ait commune renommée, il faut que tout le voisinage témoigne du fait, qu'il y ait *acquiescement uniforme et consistant* (2).

La loi écossaise ne requérant aucun délai de résidence dans le pays, les Anglais, dont la loi était plus sévère, allaient se marier irrégulièrement en Ecosse. On connaît la célébrité des mariages dits de Gretna-Green (*Gretna-Green weddings*). Les couples d'Anglais allaient échanger leur consentement devant un forgeron de Gretna-Green, village de la frontière anglo-écossaise. « Ce forgeron réalisa de tels bénéfices, que ses successeurs établirent un véritable office où

(1) V., sur cette question, Bell, *Principles of the law of Scotland*, § 1515 et note *g*, cité par Lehr, *op. cit.*, n° 504.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 440 et 441 ; Lehr, *op. cit.*, n° 505 ; Bell, *Principles of the law of Scotland*, § 1520 et note *d*, cité par Lehr, *ead. loc.*



l'on vint échanger les consentements ; il était dressé acte, dont on obtenait extrait moyennant argent (1). »

Pour remédier à cet état de choses, une loi du 31 décembre 1856, connue sous le nom de *Lord Brougham's Act*, exige dorénavant certaines conditions de résidence. « Tout mariage irrégulièrement contracté en Ecosse par déclaration, aveu ou cérémonie, dispose l'article premier, doit être déclaré *nul*, à moins que l'un des conjoints n'ait eu sa résidence ordinaire en Ecosse ou n'y ait vécu pendant les vingt et un jours qui ont précédé le mariage (2). » Dans les trois mois qui suivent la célébration de ce mariage, *irregular*, les parties peuvent réclamer du shériff un *warrant* pour faire enregistrer leur union. Une fois cette formalité accomplie et le certificat du *registrar* délivré, le mariage est valable (*Lord Brougham's Act*, Stat. 19 et 20 Vict., c. XLII) (3). La validité et la légitimité de ces unions sont jugées en Angleterre par la *High Court of Justice* (*Probate, Divorce and Adm. division*) (4).

(1) Glasson, *op. cit.*, p. 316. Cf. Demangeat, sur *Fœlix*, t. II, p. 459, note a ; W. Beach Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 291 et suiv. ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 441 ; Pic, *op. cit.*, p. 32-33.

(2) Weiss, *op. et loc. cit.*

(3) Lehr, *op. cit.*, n° 503, p. 234-235.

(4) Stat. 21 et 22, Vict., c. xcii. — V. arrêt du 19 février 1878 de la *Probate, Div. and Adm. division* (*Journal du dr. int. pr.*, 1879, p. 287).

§ III. — *Irlande.*

Les lois anglaises n'ont jamais été appliquées en Irlande. Les mariages entre membres de l'Eglise anglaise sont soumis, de même qu'en Angleterre, aux règles de cette Eglise. Pour les catholiques, le mariage était valable par le consentement seul des parties selon le *common law*. Mais, en 1843, un arrêt de la Chambre des lords, qui fait jurisprudence, annula un mariage célébré devant un prêtre presbytérien sous prétexte que la *common law* exigeait la célébration du mariage devant un prêtre *consacré*. Si l'arrêt plaisait aux évêques catholiques, les dissidents en étaient frappés ; aussi un *Marriage Act* de 1844 (Stat. 7 et 8, Vict., c. LXXXI) leur concéda le droit de se marier, en se conformant aux prescriptions de leurs communautés. Les prêtres catholiques qui peuvent procéder, suivant les règles de l'Eglise, aux mariages de leurs fidèles, ne sont pas compétents lorsqu'il s'agit d'un mariage entre protestants ou entre protestant et catholique. Comme en Angleterre, le mariage une fois célébré, le certificat de la célébration, revêtu des signatures des conjoints, du ministre et des deux témoins, doit être présenté au *registrar* (cf. *Acts* de 1864 et 1870, Statuts 26 et 27, Vict., c. xxxvii, et 33 et 34, Vict., c. Lx) (1).

(1) Cf. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 442 ; Dicey et Stocquart,

**XII. — Grèce.**

Le mariage, considéré comme un acte essentiellement religieux, est réglé, en grande partie, par les dispositions du droit canonique de l'Eglise d'Orient. Les prêtres des différentes Eglises peuvent valablement célébrer les mariages de leurs fidèles. Mais en vertu d'une circulaire du Saint-Synode de l'Eglise orthodoxe de Grèce, sanctionnée par le gouvernement, en date du 2 avril 1835, le prêtre orthodoxe ne peut pas célébrer un mariage sans une autorisation de l'évêque diocésain, sous peine de nullité de l'acte et de dégradation du prêtre. Une fois l'autorisation accordée, le mariage peut être célébré par n'importe quel prêtre, évêque ou métropolite, soit dans un lieu du culte, soit dans une maison privée.

Une fois le mariage célébré, une loi, du 10-22 octobre 1856, impose sous peine d'une amende, au prêtre, aux parties et aux témoins, d'aller se présenter devant l'officier de l'état civil pour faire dresser l'acte. Les registres de l'état civil furent créés par une loi du 20 octobre 1836, mais les parties font rarement déclarer leur mariage devant l'officier public, la loi de 1856 ne prononçant pas la nullité du ma-

*op. cit.*, t. II, p. 12 ; P. Pic, *op. cit.*, p. 31 et 32 ; W. B. Lawrence, sur *Wheaton*, t. III, p. 282 et 290.

riage contracté contrairement aux dispositions des articles 74-76.

Pour les mariages entre parties chrétiennes, dont une seule appartient à l'Eglise orthodoxe, l'évêque ne peut refuser son autorisation, une loi du 15 octobre 1861 ayant autorisé les mariages mixtes de ce genre.

Ceux qui n'appartiennent à aucune religion, le mariage civil n'existant pas, sont obligés d'en adopter une pour la circonstance (1).

### XIII. — Italie.

La célébration du mariage est précédée de deux publications faites deux dimanches de suite, et affichées dans l'intervalle et pendant les trois jours suivants, par les soins de l'officier de l'état civil de la commune où chaque époux a sa résidence depuis au moins un an ; sinon, dans la commune de la résidence antérieure (C. civ. ital., art. 70, 71 et 72). Le mariage ne peut pas être célébré ni avant le 4<sup>e</sup> ni après le 180<sup>e</sup> jour de la dernière publication (art. 76

(1) V. pour toute la matière, Dicey et Stocquart, t. II, p. 44 ; Pic, *op. cit.*, p. 30 ; Lehr, *op. cit.*, n° 564, 579-582 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 449 ; Guillaume, *op. cit.*, p. 429 et suiv. ; C. Typaldo-Bassia, *Formalités requises par la législation grecque pour contracter mariage*, dans le *Journal du droit int. privé*, 1896, p. 60, et dans *Bulletin de la Soc. de lég. comparée*, 1896, p. 164 ; *Journal du droit int. privé*, 1883, p. 48 ; Boujol, *op. cit.*, p. 28-30.

et 77). L'officier de l'état civil doit faire les publications nécessaires seulement lorsque la requête a été faite par les futurs, le père, le tuteur ou un mandataire de ceux-ci, et après avoir vu si les conditions exigées par la loi sont remplies (art. 73, 74, 75). Le roi ou les autorités par lui déléguées peuvent dispenser d'une ou même de deux publications, dans des cas graves (art. 78).

« Le mariage doit être célébré dans la maison commune, et publiquement, devant l'officier de l'état civil de la commune où l'un des époux a son domicile ou sa résidence » (C. civ. ital., art. 93). Ce domicile ou cette résidence ne sont pas déterminés. Le jour indiqué par les futurs, l'officier de l'état civil, en présence des parties, des témoins et des parents, après avoir donné lecture aux parties des articles 131 à 133 du Code civil, reçoit successivement et personnellement leur déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, les déclare unies au nom de la loi, et dresse immédiatement acte de tout (art. 94). Le consentement des époux ne peut pas être ni à terme ni à condition (art. 95). « Quand il y a nécessité ou convenance de célébrer le mariage dans une autre commune que celle désignée dans l'article 93, l'officier de l'état civil doit en faire réquisition écrite à l'officier de l'état civil du lieu où le mariage doit être célébré. La réquisition sera mentionnée et insérée dans l'acte de célébration. Dans le jour qui suivra

celui de la célébration du mariage, l'officier devant lequel il aura été célébré enverra une copie authentique de l'acte à l'officier de qui émane la réquisition » (art. 96). « Si l'un des époux, pour infirmité ou pour autre empêchement justifié au bureau de l'état civil, est dans l'impossibilité de se rendre à la maison communale, l'officier se transporte avec son greffier au lieu où se trouve la partie empêchée, et là, en présence de quatre témoins, il procédera à la célébration du mariage, conformément à la disposition de l'article 94 » (art. 97). « L'officier de l'état civil ne peut refuser la célébration du mariage que pour une cause admise par la loi. En cas de refus, il doit en délivrer un certificat motivé. Si les parties croient le refus mal fondé, le tribunal statuera sur les conclusions du ministère public, sauf recours à la Cour d'appel » (art. 98).

Le Code civil italien n'édite aucune peine contre le prêtre qui célébrerait un mariage religieux avant le mariage civil. C'est à cause de ce manque de sanction que de nombreux mariages furent conclus dans les campagnes de Naples et de Sicile, en dehors de toute intervention de l'officier de l'état civil. Quelques tribunaux, contrairement à l'esprit de la loi, ont déclaré valables de tels mariages. Pour remédier à cet état de choses, la Chambre italienne vota, le 19 mai 1879, une loi consacrant l'obligation de contracter le mariage civil avant la bénédiction

religieuse, mais le Sénat ne discuta jamais ce projet (1).

#### XIV. — Japon.

Le mariage et le divorce sont régis par le livre IV du Code civil, voté par la Diète japonaise le 28 avril 1896, promulgué le 15 juin 1898 et mis en vigueur le 16 juillet 1899.

Le mariage reste sous l'empire du nouveau Code ce qu'il était avant, un acte familial, essentiellement traditionnel (V. ci-dessus pour la Chine). Mais il ne produit ses effets qu'après avoir été notifié à l'officier de l'état civil du domicile ou de la résidence du mari (C. civ. jap., art. 775 et suiv.) (2).

#### XV. — Luxembourg (grand duché de).

Le grand-duché est régi, en ce qui concerne les formalités du mariage, par le Code civil français de 1804. Par une loi du 12 juin 1898, on a adopté les réformes effectuées en Belgique par la loi du 26 décembre 1891 (3).

(1) V., pour cette question et toute la matière, Glasson, *op. cit.*, p. 285 et suiv. ; Huc et Orsier, *Code civil italien*, 2 vol., 1868 ; Lehr, *op. cit.*, n° 599 à 605 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 449 à 450 ; Guillaume, *op. cit.*, p. 432 à 435 ; Pic, *op. cit.*, p. 27-28.

(2) Lehr, *op. cit.*, n°s 632 et 638, p. 281-283 ; Boujol, *op. cit.*, p. 24 et 25 ; *Journal du dr. int. pr.*, 1902, p. 687.

(3) V. ci-dessus pour la Belgique.



**XVI. — Mexique** (Etats-Unis du).

Nous avons dit ailleurs (1) que chaque Etat de la confédération mexicaine est souverain en matière de droit civil. Pourtant le Code civil élaboré, en 1870, pour le district fédéral et le territoire de Basse-Californie et modifié en 1884, fut adopté successivement par tous les Etats, exceptés ceux de Vera-Cruz et Mexico. Le titre V, du premier livre de ce Code, institue le mariage civil obligatoire.

Le mariage doit être précédé par un acte de publication qui reste affiché durant quinze jours, tant au domicile actuel des futurs que dans leurs domiciles antérieurs s'ils les ont quittés depuis six mois. Si l'un d'eux n'a pas eu de domicile fixe pendant six mois continus, le délai d'affichage est de deux mois. L'acte de publication est dressé par l'officier de l'état civil, appelé par la loi mexicaine « juge de l'état civil ». Celui des juges du domicile des futurs qui n'est pas chargé de la célébration du mariage, adresse à celui qui doit y procéder un certificat constatant l'accomplissement de la formalité de la publication. S'il n'y a pas d'opposition, le mariage peut être célébré après le troisième jour, depuis l'expiration du délai d'affichage, mais pas après six mois.

(1) V. ci-dessus, p. 85.

Le mariage est célébré publiquement et à l'heure indiquée. Les époux peuvent se faire représenter par des mandataires spéciaux. Le juge de l'état civil demande aux futurs, en présence de trois témoins (parents ou non), s'ils consentent à se prendre pour mari et pour femme, et, sur leur réponse affirmative, les déclare unis. Puis il en dresse acte.

Lorsque cet acte, inscrit sur les registres, est perdu, déchiré ou oblitéré, le mariage peut être prouvé par d'autres documents écrits ou par des témoins (1).

#### XVII. — Norvège.

La loi norvégienne considère le mariage comme un acte religieux. Ce n'est qu'ultérieurement que le mariage civil fut introduit pour des cas spéciaux.

Le mariage contracté entre luthériens doit être précédé de trois publications faites par le ministre à l'église de la paroisse de la femme (*Rituel de l'Eglise de l'Etat* du 25 juillet 1685). Mais il est loisible au Roi de dispenser de ces publications moyennant une certaine somme (Ordonnance du 23 mai 1800) (2).

Pour les personnes chrétiennes n'appartenant pas à l'Eglise d'Etat, le mariage civil a été introduit par la loi du 16 juillet 1845. Ces personnes ne sont as-

(1) Lehr, *op. cit.*, nos 650, 660 à 664.

(2) Guillaume, *op. cit.*, p. 488.

treintes à aucune publication et n'ont à produire ni certificat de baptême ni de communion (1). Pour personnes chrétiennes, dont l'une appartient à l'Eglise de l'Etat, c'est le ministre de cette dernière qui est compétent (loi du 15 juillet 1845, § 7) (2). Enfin le bénéfice de la loi de 1845 a été étendu aux mariages mixtes entre juifs et chrétiens par une loi du 22 juillet 1863 (3).

Lorsque les futurs appartiennent à la religion de l'Etat, le mariage sera célébré par le ministre dans l'église du domicile de la femme, mais dispenses à cet égard peuvent être accordées (*Rituel* du 25 juillet 1685) (4). Les chrétiens dissidents se marient devant un notaire (loi du 15 juillet 1845, § 6), de même que les personnes dont l'une appartient à la confession israélite (loi du 22 juillet 1863). Le notaire doit notifier, dans la huitaine, le mariage au pasteur du lieu où les époux vont s'établir (loi de 1845, § 6), car ce sont les ministres du culte qui tiennent les registres de l'état civil (Code norv. de 1687, II, 8, § 7 ; Ordonnances des 10 août 1697 et 12 septembre 1792) (5).

(1) Glasson, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., p. 451 ; W.-B. Lawrence, sur *Wheaton*, t. III, p. 320.

(2) Lehr, *op. cit.*, n° 948, p. 400.

(3) Guillaume, *op. cit.*, p. 488 ; W.-B. Lawrence, *op. et loc. cit.* ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 452, note 3.

(4) Glasson, *op. et loc. cit.* ; Lehr, *op. cit.*, n° 946, p. 399 ; Guillaume, *op. et loc. cit.*

(5) Lehr, *op. cit.*, n° 946 ; Guillaume, *op. cit.*, p. 487 et 488.

**XVIII. — Pays-Bas.**

Le Code civil hollandais, de 1838, s'occupe de la publicité et de la célébration du mariage dans les articles 105 à 113, 126 à 137 et 155 (1).

Sur la déclaration des personnes qui veulent contracter mariage, l'officier de l'état civil du domicile de l'une d'elles, — s'il n'existe aucun empêchement, — fait, deux dimanches consécutifs, une publication devant la porte de la municipalité (C. civ. néerl., art. 105-107). « Si les futurs époux n'ont pas leur domicile dans la même commune, les deux publications seront faites dans la commune où chacune des parties a son domicile » (art. 108). — « Si le domicile actuel des futurs époux n'est établi que par six mois de résidence dans une commune, les publications seront faites, en outre, à la municipalité du dernier domicile » (art. 109). — Pendant l'intervalle entre les deux publications, un extrait de l'acte reste affiché à la porte de la municipalité des communes où la publication même a été faite (art. 110). — Des dispenses de la seconde publication peuvent être accordées, pour causes graves, par le Roi ou ses délégués

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 702 à 708 ; Guillaume, *op. cit.*, p. 448 et s. ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 450 ; *Code civil néerlandais*, trad. Tripels, Paris, Pichon, 1886.

(art. 111). — Le mariage doit être célébré dans l'année à compter de la première publication, sinon de nouvelles publications sont nécessaires (art. 122).

Les diverses formalités remplies et les pièces nécessaires réunies, on peut procéder à la célébration du mariage à partir du troisième jour, depuis et non compris celui de la publication (C. civ. néerl., art. 130). « Le mariage sera célébré publiquement dans la maison commune devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties, est en présence de quatre témoins, parents ou non mâles, majeurs et domiciliés dans le royaume » (art. 131). « Si, par suite d'un empêchement légitime dûment constaté, l'une des parties est hors d'état de se transporter à la maison commune, la célébration du mariage pourra avoir lieu dans une maison particulière de la même commune, mais en présence de six témoins. Dans ce cas, il sera fait dans l'acte de mariage mention de cet empêchement » (art. 132). — « Les futurs époux doivent comparaître en personne devant l'officier de l'état civil pour contracter mariage » (art. 133). — « Il est loisible au Roi, pour des causes graves, d'accorder aux parties la permission de se marier par mandataire spécial en vertu d'un acte authentique » (art. 134). — « Les futurs époux déclareront devant l'officier de l'état civil, et en présence des témoins, qu'ils se prennent pour mari et femme et qu'ils rem-

pliront facilement toutes les obligations qui naissent du mariage » (art. 135).

De même qu'en France, la cérémonie civile doit précéder la bénédiction religieuse : « Les cérémonies religieuses ne pourront avoir lieu qu'après que les parties auront justifié au ministre de leur culte de la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil » (C. civ. néerl., art. 136).

#### **XIX. — Portugal.**

Le Code civil portugais possède les deux mariages : civil et religieux ; ce dernier pour les catholiques. Cette distinction soulève du reste une controverse : le mariage canonique est-il obligatoire pour les Portugais catholiques ? Ou, ceux qui désirent contracter le mariage civil, le peuvent-ils quoique appartenant à l'Eglise catholique ?

En lisant le texte de l'article 1057 du Code, on est tenté de dire que le mariage religieux est obligatoire pour les catholiques. Ce texte dit que : « Les catholiques célébreront leur mariage sous les formes établies par l'Eglise catholique. Ceux qui ne professent pas la religion catholique, contracteront mariage devant l'officier de l'état civil, sous les conditions et dans les formes établies par la loi civile (1). »

(1) Guillaume, *op. cit.*, n. 456.

Cependant les articles 1081 et 1090 nous incitent à nous rallier à l'opinion contraire. «... L'officier de l'état civil demandera ensuite à chacun des contractants s'il persiste dans sa résolution de célébrer le mariage dans la forme civile, et, sur la réponse affirmative de chacun d'eux, il rédigera l'acte de mariage dans la forme prescrite par le présent Code, *sans pouvoir s'enquérir préalablement de la religion des parties contractantes* » (art. 1081 *in fine*), et « ce mariage (celui qui a été contracté entre sujets portugais dans la forme établie par la loi civile) ne pourra être annulé à raison de la religion des contractants » (art. 1090).

Comment concilier ces textes avec l'article 1057 ? Nous trouvons l'explication dans l'historique de la rédaction du Code. La commission de revision, sans tenter d'imposer le mariage civil, décida que tout Portugais était libre de choisir entre le mariage civil et le mariage religieux. Le gouvernement et la Commission de la Chambre des députés proposèrent de réserver le mariage civil aux non-catholiques. Cette proposition devient l'article 1057. L'opinion de la Commission de revision triompha cependant avec les articles 1081 et 1090 (1).

Il nous semble donc que les Portugais ont le choix

(1) Lapeyre et J. Dubois, *Code civil portugais*, 1896, p. LIV. Cf. Boujol, *op. cit.*, p. 54 et 55.



entre les formes du mariage : forme civile et forme religieuse (1).

Le *mariage canonique* doit être célébré conformément aux lois de l'Eglise, sous réserves de certaines conditions (C. civ. port., art. 1059). Ainsi : 1° « la loi canonique définit et règle les conditions et les effets spirituels du mariage, la loi civile en définit et en règle les conditions et les effets temporels » (art. 1070); — 2° le prêtre qui célèbre un mariage contrairement aux dispositions de l'art. 1058 (qui énumère les empêchements au mariage), encourt les peines édictées par la loi pénale, c'est-à-dire un emprisonnement correctionnel d'un à deux ans et une amende (art. 1071, C. pén. port., art. 136, § 2); — 3° le prêtre officiant est obligé de transmettre dans les 48 heures, l'acte de mariage à l'officier de l'état civil, qui le transcrit sur le registre et conserve l'original dans les *archives* (C. civ. port., art. 2476) (2).

Le *mariage civil* « produit tous ses effets pourvu que les conditions essentielles des contrats, des dispositions de l'article 1058 et suivants, aient été observées » (art. 1072).

Lorsque les parties veulent contracter un mariage civil, il faut se présenter devant l'officier de l'état

(1) V. cependant, Glasson, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., p. 303; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 450 et 451; Pic, *op. cit.*, p. 30.

(2) Guillaume, *op. cit.*, p. 456 et 457; Lehr, *op. cit.*, n° 790, p. 332.

civil et faire une déclaration, qui sera affichée par les soins de ce dernier à l'entrée de son bureau (C. civ. port., art. 1075 et 1076). Le mariage peut être célébré après la quinzaine où la déclaration est affichée, mais il doit l'être absolument dans l'année, sous peine de faire de nouvelles publications (art. 1077). S'il y a une opposition, l'officier public doit surseoir à la célébration jusqu'à ce que le tribunal ait déclaré l'empêchement irrelevant (*improcedente*) ou faux (*falso*) (art. 1078 à 1080) (1).

Pour la célébration, « les parties contractantes ou leurs *mandataires* comparaissent au bureau de l'état civil où l'officier de l'état civil constate, par écrit, le consentement des parties, à moins que l'une d'elles ne soit empêchée, par maladie, de se présenter en personne et n'ait pas présenté de mandataire, auquel cas l'officier de l'état civil se présentera en la demeure de cette partie. En présence des contractants ou de leurs mandataires, et des témoins, l'officier donnera lecture des articles 1056 et 1057 du présent Code et demandera ensuite à chacun des contractants s'il persiste dans sa résolution de célébrer le mariage dans la forme de la loi civile, et, sur la réponse affirmative de chacun d'eux, il rédigera l'acte de mariage dans la forme prescrite par le présent Code, sans pouvoir s'enquérir préalablement de la religion des

(1) Lehr, *op. cit.*, nos 793 et 794, p. 333.

parties contractantes. Le mariage sera célébré dans le bureau de l'état civil, en présence de deux témoins ; ailleurs, en présence de six témoins » (art. 1081). Si l'une des parties ne sait pas signer, elle doit être représentée par un témoin supplémentaire qui signe pour elle (art. 2477) (1).

Le mariage est ensuite transcrit sur le registre du mariage civil, qui est signé par l'administrateur (maire) de la commune ou de l'arrondissement (*concelho* ou *bairro*), par les parties et les témoins (décret du 28 novembre 1878, art. 39) (2).

#### XX. — République Argentine.

La constitution de la République portait dans son article 2 que : « Le gouvernement fédéral soutient le culte catholique, apostolique et romain. » Le droit canonique de l'Eglise catholique réglait les mariages entre catholiques ou entre catholiques et non-catholiques (3). Une loi de 1833 accorda aux non-catholiques le droit de se marier devant le ministre de leur culte (4). Enfin une loi du 2 novembre 1888, mo-

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 795.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1879, t. VIII, p. 423.

(3) Boujol, *op. cit.*, p. 84.

(4) P. Pic, *op. cit.*, p. 46.

difiant le Code civil, et entrée en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avril 1889, institua le mariage civil (1).

Le mariage doit être précédé de publications et les parties donnent leur consentement devant l'officier de l'état civil. Le consentement peut être donné en personne ou par l'entremise d'un fondé de pouvoir spécial.

Une loi du 12 novembre 1889 ajoute que c'est l'officier de l'état civil qui juge si la capacité des parties est bien établie ou bien surseoit jusqu'à ce que de nouvelles preuves aient été administrées. Les parties peuvent exiger que l'officier leur donne acte de son refus, pour qu'elles puissent se pourvoir devant le juge compétent (2).

#### XXI. — Roumanie.

Nous avons vu (liv. I<sup>er</sup>, chap. 1, *Roumanie*), que le mariage civil obligatoire fut introduit par le Code civil de 1864. La loi du 15 mars 1906, modifia plusieurs articles confirmant les formalités du mariage.

« Le mariage doit être précédé d'une *publication* (3); les futurs époux doivent faire déclaration du projet

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1889, p. 1047, notice de MM. E. Daireau et Theurault.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1890, p. 1030, notice de M. Maurice Fravaton.

(3) L'ancien texte était semblable à l'art. 63 du Code civ. fr.

de mariage à l'officier de l'état civil, qui l'affichera devant la porte de l'église paroissiale et devant la porte de la maison commune » (C. civ. roum., art. 49, modifié par la loi du 15 mars 1906). Le reste de l'article est identique à l'art. 63 du Code français. « Un extrait de l'acte de publication sera affiché à la porte de la maison commune du domicile des futurs époux, et restera ainsi pendant 10 jours libres depuis la publication » art. 50, modif. l. 15 mars 1906). La publication sera périmée si la célébration n'a pas lieu pendant l'année qui suit la publication (art. 51, modif. l. 15 mars 1906.)

En ce qui concerne les pièces à remettre, le Code roumain contient d'excellentes dispositions. Ainsi d'après l'art. 56 (modifié par la loi précitée du 15 mars 1906), « l'officier de l'état civil joindra au dossier des mariages les extraits de naissance, *délivrés d'office*, quand les futurs sont nés dans la commune... Il en sera de même avec les extraits d'après les actes de décès des ascendants des futurs époux, lorsqu'ils seront décédés dans cette commune. » Art. 57. — « Lorsque les actes de naissance ou de décès font défaut, ils pourront être remplacés par la déclaration de deux témoins, hommes ou femmes, parents ou non des futurs époux, quant au lieu et à l'époque de la naissance ou de la mort. — Le maire de la commune rédigera l'acte d'après cette déclaration, qui sera signé par les témoins, et si un des té-

moins ne sait ou ne peut signer, mention sera faite dans l'acte. »

L'article 61, correspondant à l'article 75 du Code français, n'exige que deux témoins. De plus, la loi de 1906 a ajouté un alinéa qui prescrit que « le mariage peut être célébré ailleurs que dans la maison commune, sur l'attestation d'un médecin que l'un des futurs époux est empêché de quitter sa demeure pour cause de maladie ». Les autres articles contiennent des dispositions identiques au Code. Il semble pourtant que le domicile matrimonial est celui qui se forme par une résidence de six mois (art. 60).

Avant de terminer avec les formalités du mariage exigées par la loi roumaine, examinons brièvement la question tant discutée de l'article 22 de la Constitution. Cet article est ainsi rédigé : « La rédaction des actes de l'état civil devra toujours précéder la bénédiction religieuse qui sera obligatoire pour les mariages, sauf les cas qui seront prévus par une loi spéciale. » Notons que le Code civil date de 1864, tandis que la dernière Constitution a été votée en 1866, donc deux années plus tard.

Plusieurs auteurs soutiennent que la bénédiction religieuse est une condition essentielle de la validité du mariage. MM. Weiss (1) et Paul Pic (2) s'ex-

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 451.

(2) Paul Pic, *op. cit.*, p. 40.

priment ainsi, et se trouvent être du même avis que le professeur roumain M. Dissescu (1). M. Glasson considère le mariage en Roumanie comme un acte religieux (2). Suivant MM. Weiss et Dissescu, le mariage civil doit être suivi de la bénédiction religieuse. A leurs yeux, le mariage roumain est un contrat *mixte*. « Cependant — répond très justement M. Busdugan — l'opinion généralement admise en Roumanie, et que nous croyons la mieux fondée, est celle d'après laquelle la bénédiction nuptiale n'est pas une condition essentielle, une condition de validité du mariage ; le mariage est valable même si la célébration devant l'officier de l'état civil n'a pas été suivie de la bénédiction nuptiale. L'article 22 de la Constitution établit, en effet, l'obligation de la bénédiction nuptiale, mais cette obligation n'est établie qu'en principe, elle n'était destinée à devenir réelle que pour le cas où une loi spéciale serait faite à ce sujet, ce qui résulte d'ailleurs aussi de la partie finale de l'article 22 : *hors les cas qui seront prévus par une loi spéciale*. Cette loi, qui devait sans doute s'occuper des difficultés que le principe constitutionnel ferait naître et de la *sanction* pour le cas où la *bénédiction nuptiale* n'aurait pas lieu, n'a jamais été faite. Dès lors, on ne peut voir dans la disposition

(1) C.-G. Dissescu, *Drept public român*, 3 vol., Bucarest, 1891.

(2) Glasson, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édit., p. 305 et suiv.



constitutionnelle qu'une pure obligation morale, un *pium desiderium*, une énonciation de principes, qui devait être réglée par une loi spéciale, donc par une disposition impérative et qui ne l'a pas été. Dans cet état de notre législation, le mariage continuant à être réglé par le Code civil, il est, même après la Constitution (publiée et promulguée le 1<sup>er</sup> juillet 1866, un an après le Code civil), ce qu'il a été auparavant, c'est-à-dire, *un acte civil*, pour la validité duquel la célébration devant l'officier de l'état civil est seule nécessaire. Admettre l'opinion adverse, serait, en outre, décider que le mariage est un contrat mixte, un contrat et civil, et religieux, ce qui serait contraire aux principes établis par notre Code civil. Cette interprétation résulte aussi des débats qui ont eu lieu dans notre Assemblée constituante de 1866, à l'occasion de la discussion de l'article 22, et elle est admise par la plupart de nos auteurs et par la jurisprudence » (1). Un arrêt de la Cour de cassation rou-

(1) Busdugan, *op. cit.*, p. 200, et dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1900, p. 769. — Cf. Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. II, p. 42-44 ; Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, p. 72 et *Curs de Drept civil*, I, II<sup>e</sup> part., p. 2 ; Planiol, *op. cit.*, t. III, 2<sup>e</sup> édit., p. 7, n<sup>o</sup> 14, note 1 ; Mârzescu, *Cădătorii, studiu comparativ după dreptul civil, dreptul canonic și dreptul civil internațional*, I<sup>re</sup> partie, pp. 14-37 ; *Desbaterile Constituintei* (Débats de l'Assemblée constituante), pp. 168-180 ; Ch.-I. Suliotes, *Elemente de drept constitutional*, pp. 236-239 ; Regnault, *op. cit.*, p. 11 ; Boujol, *op. cit.*, pp. 82-83. Cass. roum., 2 juin 1872 (*Dreptul*, 1873, n<sup>os</sup> 9 et 55) ; — 2 décembre 1874 (*Bulletin C. cass.*, 1879, t. XIII,

maine (Chambres réunies) du 31 mai 1899, confirme cette manière de voir. De plus, cela résulte clairement des débats qui ont eu lieu au Sénat roumain à l'occasion de la loi du 15 mars 1906, modifiant plusieurs articles du Code civil relatifs au mariage (1).

## XXII. — Russie.

Le mariage, suivant la législation russe, est un acte religieux (*Zvod zakonoff.*, t. X, 1<sup>re</sup> part., art. 1 et suiv.),

Pour les *orthodoxes*, le mariage doit être précédé

pp. 308-310); — 9 octobre 1879 (*Bull. C. cass.*, 1879, t. XVIII, p. 685); — 15 juin 1883 (*Dreptul*, 1883, n° 61); Cour d'appel de Bucarest, 1872 (*Dreptul*, 1872, n° 8); Cour de Galatz, 1888 (*Dreptul*, 1889, n° 73); Trib. Mehedenti, 2 novembre 1894 (*Dreptul*, 1895, n° 35); Cass. roum. Chamb. réunies, 31 mai 1899 (*L'Indépendance roumaine*, 31 mai 1899). — *Contra* : Cour de Jassy, n° 70 de 1878 (*Dreptul*, 1879, n° 25); Cass. roum., 24 février 1879 (*Bul. C. cass.*, 1879, p. 170); Cour de Focsani, 11 juin 1879 (*Dreptul*, 1880, n° 7); Trib. Botosani, n° 305 de 1884 (*Dreptul*, 1884-85, n° 7). Observons de même que la loi d'organisation de la Dobrogea, du 9 mars 1880, contient un article qui paraît donner raison à ceux qui soutiennent l'obligation de la bénédiction religieuse : « Les actes de l'état civil — dit l'article 22 — relèvent des autorités civiles. Ces actes devront toujours être dressés préalablement à la bénédiction religieuse qui, en manière de mariage, sera obligatoire. Toutefois, un règlement d'administration publique établira les exceptions et modifications qui peuvent être apportées à ce principe, à l'égard des Musulmans et des Lipovans » (Cf. Angelesco, *Etude sur la Dobrogea au point de vue de l'organisation des pouvoirs publics* (thèse), Paris, A. Rousseau, 1907, p. 247).

(1) *Monitorul oficial*, 3 mai 1906 (Débats du Sénat).

de trois publications, faites, trois dimanches de suite, par le pope de l'église après la liturgie. Pendant ce délai de 15 jours, toute personne intéressée peut faire opposition (*Zvod zak.*, art. 26 et 27). Si aucun empêchement ne se révèle, si aucune opposition n'est formulée, le prêtre orthodoxe dresse acte de tous ces faits sur un registre *ad hoc*, le signe avec les futurs, avec les témoins, puis peut procéder à la célébration du mariage (*Zvod zak.*, art. 29 ; Code pénal, art. 1373, 1574 et 1577). — La célébration a lieu à l'église, en présence personnelle des futurs et de deux ou trois témoins. L'évêque peut accorder à ce que la célébration ait lieu ailleurs. Aussitôt après la cérémonie, le mariage est inscrit sur le registre de la paroisse (*Zvod*, t. X, 1<sup>re</sup> p., art. 31) (1).

Il y a des règles spéciales pour les mariages entre personnes chrétiennes, dont l'une appartient à l'Eglise russe. Ainsi le mariage est nécessairement célébré par le prêtre orthodoxe, après publications, enquête. De plus, l'époux non-orthodoxe doit prendre l'engagement de respecter les convictions religieuses de son conjoint et de faire baptiser tous ses enfants à naître dans la religion orthodoxe (*Zvod.*, t. X, 1<sup>re</sup> part., art. 67). Cependant, dans le grand-duché de Finlande, les Finlandais seuls sont admis à bénéficier d'une

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 847 à 849, pp. 358 et 359, et *Eléments de droit civil russe*, p. 22 et s. Cf. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 451.

exception : le mariage est célébré dans les deux églises (orthodoxe et chrétienne non-orthodoxe) et les enfants suivent la religion du père nonobstant toute convention contraire (*ibid.*, art. 68). Dans les provinces baltiques, les mariages entre orthodoxes et protestants doivent être aussi précédés de publications dans la paroisse protestante de celui des conjoints qui appartient à cette confession. Le mariage est célébré par le pape orthodoxe, mais la célébration doit être notifiée au pasteur protestant (*ibid.*, art. 69). Enfin le mariage entre catholique et orthodoxe, béni par un prêtre catholique romain, est nul s'il ne l'est pas ensuite par le prêtre orthodoxe (*ibid.*, art. 73). Nous savons que les mariages entre orthodoxes et non-chrétiens sont interdits (*ibid.*, art. 7, § 7) (1).

Deux chrétiens n'appartenant pas à l'Eglise russe (catholiques romains ou grecs, protestants, arméniens, etc.), se marient devant le ministre de leur culte et conformément aux règles de leurs Eglises. Le mariage peut être célébré par un prêtre orthodoxe, mais en ce cas, suivant le cérémonial de l'Eglise orthodoxe (*Zvod.*, t. X, 1<sup>re</sup> part., art. 61 et 65). Dans le royaume de Pologne (2) et dans les gouvernements

(1) Lehr, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 854, 863 à 868 ; Guillaume, *op. cit.*, pp. 470-471 ; P. Pic., *op. cit.*, p. 38.

(2) En Pologne, la matière du mariage est réglée par la loi du 23 juin 1825, qui abrogea le livre I du Code Napoléon et qui fut modifiée par une loi du 24 juin 1836. Le mariage est un acte re-

de Wilna, Witebsk, Wolhynie, Grodno, Kief, Kowno, Minsk, Mohileff, Podolie et du cercle de Bialystok, les mariages entre chrétiens non-orthodoxes, mais de religions différentes, sont célébrés par le ministre du culte de la femme. Mais, le prêtre catholique — lorsque la femme est catholique — refuse de célébrer l'union, le prêtre de l'autre conjoint le peut valablement (*ibid.*, art. 75 ; cf. loi polon., 24 juin 1836, art. 192 et s.) (1). Les catholiques de tout rite ne peuvent se marier avec des non-chrétiens. Mais les protestants le peuvent avec les juifs ou les mahométans ; en ce cas, le mariage est célébré suivant les rites de l'Eglise évangélique-luthérienne de Russie (*ibid.*, art. 85, 87) (2).

Les *dissidents*, c'est-à-dire les diverses sectes qui se sont développées depuis deux siècles dans le sein de l'Eglise russe d'Etat, étaient obligés de recourir aux prêtres orthodoxes pour bénir leurs mariages. Ils étaient donc dans la même situation que les protestants après l'approbation de l'édit de Nantes : obligés d'abjurer leur foi ou forcés de rester sans état civil. Pour mettre fin à cette situation déplorable, le Conseil de l'Empire, par un avis du 19 avril 1874, a institué des registres spéciaux pour l'inscription des

ligieux, et chaque Eglise règle les formalités du mariage de ses fidèles (Guillaume, *op. cit.*, p. 474-476).

(1) Lehr, *op. cit.*, n° 859 ; Guillaume, *op. cit.*, p. 472.

(2) Lehr, *op. cit.*, n° 875.

mariages, naissances et décès des membres des sectes dissidentes (1). Les personnes appartenant à ces sectes, qui veulent se marier, doivent informer l'administration de leur projet; celle-ci procède à une publication et le projet reste affiché pendant sept jours. Au bout de ce délai, l'administration délivre un certificat prouvant que la publication requise a eu lieu, et les parties munies de ce certificat se présentent au bureau de police et demandent l'inscription du mariage sur les registres de l'état civil (loi du 19 avril 1874, art. 3-7).

La plupart des auteurs jugent que cette loi consacre le principe du mariage civil (2); pourtant, suivant l'opinion du gouvernement russe, le mariage des *rasskolniki* ne ferait pas exception à la règle que le mariage en Russie est un acte religieux. L'inscription, suivant M. le sénateur A. F. Koni, n'est pas un acte constituant le mariage, c'est un simple enregistrement qui sert à constater la célébration du mariage d'après le rite religieux des *rasskolniki* (3).

Les juifs, les mahométans et les tribus païennes d'Asie contractent mariage suivant leur coutume, sans aucune intervention des autorités civiles ou ecclésiastiques (*Zvod zak.*, t. X, 1<sup>re</sup> part. art. 90) (4).

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1875, p. 656 et s.

(2) Glasson, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., p. 422; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 246 et note 2, p. 451; Pic, *op. cit.*, 39.

(3) Mandelstam dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1902, p. 254 et 478.

(4) Lehr, *op. cit.*, n° 875; Guillaume, *op. cit.*, n° 472.

**XXIII. — Serbie.**

Le mariage religieux est seul admis par le Code civil serbe ; qui du reste ne s'occupe que du mariage entres personnes appartenant à l'Eglise orthodoxe. L'article 60 de ce Code, promulgué en 1844, dispose : « Les droits et les devoirs des époux résultant du mariage qui est contracté entre deux personnes de sexes différents, et qui *s'accomplit par la bénédiction du prêtre selon le rite de l'Eglise orthodoxe...* » (1).

« Le prêtre de la paroisse, avant de célébrer le mariage, est tenu d'en faire les publications pendant trois jours de fête consécutifs et selon l'ordre prescrit par l'autorité ecclésiastique. Ces publications doivent contenir les prénoms et les noms des fiancés, sauf le cas de dispense, accordées par l'archevêque » (art. 83). — La célébration a lieu dans l'église « en présence de *trois* témoins, ainsi que les fiançailles, sans déroger aux règles de l'Eglise orthodoxe. Ce n'est qu'en cas de nécessité que le mariage pourra avoir lieu hors de l'église, dans un endroit convenable » (art. 91). « Après la célébration, le prêtre inscrira le mariage et énoncera les noms et prénoms

(1) Guillaume, *op. cit.*, 480 ; Glasson, *op. cit.*, p. 425 ; Pavlovitch, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1884, p. 18 ; Pic, *op. cit.*, pp. 39-40 ; Jivoïn Peritch dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1900, p. 742.



des époux et leurs parents, des garçons et des filles de la noce, leurs professions et domiciles, le jour du mariage, avec les signatures des époux et du prêtre qui a donné la bénédiction nuptiale » art. 92).

La loi du 9 septembre 1885 s'occupe des mariages entre orthodoxes et non-orthodoxes (1) et décide que ces mariages seront célébrés selon les rites de l'Eglise d'Orient (2).

Pour les catholiques et les protestants, la loi du 7 décembre 1861 dispose que les uns et les autres se marieront devant le prêtre de leur église. Lorsque le mariage est mixte : entre catholique et protestant, les parties ont le choix de l'une ou de l'autre des églises. — Les israélites contractent mariage devant le rabbin consacré. Depuis 1830, les prêtres orthodoxes tiennent les registres des mariages contractés entre orthodoxes ou entre orthodoxes et chrétiens d'un autre culte. Quant aux prêtres catholiques, pasteurs protestants et rabbins israélites, depuis la loi de 1861, ceux-ci sont les officiers de l'état civil de leurs fidèles (3).

(1) Le mariage entre chrétiens et infidèles ne produit aucun effet civil (C. civ. serb., art. 69 et 79).

(2) Lehr, *op. cit.*, n° 899 ; Jivoïn Peritch, *op. et loc. cit.*

(3) Glasson, *op. et loc. cit.*, Pavlovitch, *op. et loc. cit.* ; Lehr, *op. cit.*, n° 900.

**XXIV. — Suède.**

Le Code civil suédois (*Rikeslag*), de 1734, dispose que le mariage est valable lorsqu'il a été célébré devant le pasteur luthérien de l'Eglise d'Etat. Un rescrit royal du 27 avril 1860 règle la tenue des registres de l'état civil pour les paroisses de l'Eglise nationale (1).

Les personnes appartenant aux autres cultes n'ont obtenu que plus tard le droit de se marier devant le ministre de leur religion.

Avant de procéder à la célébration, il doit être fait trois publications de dimanche en dimanche, au temple de la paroisse où la fiancée a son domicile. Un mariage peut être célébré avec une seule publication, mais le pasteur qui célébrerait un mariage, avant toute publication, serait destitué (*Rikesl.*, titre *Du mariage*, c. VII, § 2). — La célébration du mariage peut avoir lieu deux jours après les publications, mais la loi suédoise se réfère quant aux formes aux règles de l'Eglise nationale luthérienne (2).

Si les futurs appartiennent à un culte non-luthé-

(1) Guillaume, *op. cit.*, n° 483 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 452 ; P. Pic, *op. cit.*, p. 40 ; Glasson, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., p. 444.

(2) K. d'Olivecrona, *Le mariage des étrangers en Suède et des Suédois à l'étranger* dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1883, p. 343 et suiv. ; Lehr, *op. cit.*, n° 927, 929, p. 391.

rien reconnu par l'Etat (catholiques, orthodoxes, réformés, etc.), le mariage a lieu devant le prêtre ou le pasteur de leur religion, pourvu que les publications aient été faites dans le temple de l'Eglise nationale de la paroisse où est domiciliée la future (loi du 31 octobre 1873) (1).

Enfin le *mariage civil* facultatif ou obligatoire a été introduit en Suède pour plusieurs cas spéciaux.

La loi du 31 octobre 1873 autorise les parties à célébrer leur mariage soit devant un ecclésiastique autorisé, soit devant l'autorité civile, lorsqu'elles appartiennent à des cultes non-luthériens différents, possédant chacun le droit de se marier selon leur confession, ou lorsqu'un des futurs seuls professe un de ces cultes, ou encore lorsque l'un des futurs est luthérien et l'autre appartient à un culte chrétien non luthérien. Suivant la loi du 15 octobre 1880 (2), quand l'une des parties « n'a pas été baptisée ou n'a pas participé à la Sainte-Cène dans le sein de l'Eglise suédoise, mais qui pourtant n'appartient à aucune religion étrangère, veut contracter mariage, ce mariage peut être célébré *devant l'autorité civile...* » (article unique). Une loi de 1898 a rendu en ce cas le mariage civil facultatif, en permettant le mariage religieux même à ceux qui n'ont pas reçu

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1873, p. 417.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1880, p. 552.

la confirmation, ni participé à la Sainte-Cène (1).

Le mariage civil est obligatoire en deux cas :  
1° Lorsqu'une des parties n'appartient pas à l'Eglise luthérienne ou un culte reconnu (loi du 31 octobre 1873) ; — 2° lorsqu'un des conjoints est chrétien et l'autre israélite (loi du 20 janvier 1863) (2).

Même dans le cas où le mariage est célébré civilement, la publication des bans doit avoir lieu dans l'Eglise luthérienne de la paroisse de la femme. L'échange des consentements des futurs a lieu devant l'officier municipal dans les villes ou devant le *Kronofogde* (officier de bailliage) dans les campagnes, en présence des parents et des témoins. Il est dressé immédiatement acte par l'officier compétent (loi du 31 octobre 1873, § 5) (3).

#### XXV. — Suisse.

La loi fédérale du 24 décembre 1874 (4) a enlevé au clergé, dans les cantons où il l'avait conservée, la tenue des registres de l'état civil, et, par suite, le droit de célébrer les mariages. Depuis, ce sont les autorités

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1899, p. 584, notice Darreste.

(2) K. d'Olivecrona, *Les Juifs en Suède au point de vue juridique et social*, dans la *Revue de droit international*, 1887, p. 526 et s.

(3) V. K. d'Olivecrona, *loc. cit.* (*Journal du droit int. pr.*, 1883, p. 343 et s.)

(4) *Annuaire de législation comparée*, 1875, 715.

civiles qui y procèdent, et les ministres des différents cultes ne peuvent bénir une union qui n'aurait pas encore été formée devant elles (art. 40).

« Toute célébration d'un mariage sur le territoire de la confédération doit être précédée de la publication des promesses de mariage. — Cette publication doit être faite au lieu du domicile et au lieu d'origine de chacun des époux. Lorsque la publication doit avoir lieu à l'étranger, et qu'elle est refusée comme inutile ou comme inadmissible d'après les lois du pays, un certificat constatant ce fait remplace la publication » (art. 29 de la loi du 24 déc. 1874.)

L'officier de l'état civil suisse qui a dressé l'acte de promesse et a procédé à sa publication, le transmet d'office aux officiers de l'état civil suisses et étrangers, dans les arrondissements desquels la publication doit également avoir lieu d'après l'art. 29. « En tant qu'il s'agit d'officiers de l'état civil suisse, ces diverses opérations sont faites sans frais. Les officiers de l'état civil suisse sont tenus de donner suite aux réquisitions que leur adressent des autorités étrangères pour le mariage des citoyens suisses, ou ressortissants étrangers nés ou demeurant en Suisse. — Si le futur époux est étranger à la Suisse, la publication n'est faite que sur la présentation d'une déclaration des autorités étrangères compétentes, constatant que le mariage sera reconnu avec toutes les suites lé-

gales (1). — Le gouvernement cantonal est autorisé à dispenser de cette formalité et à admettre, à défaut de la déclaration exigée, telle autre justification suffisante » (art. 31). — « Dans tout le territoire de la Confédération, cette publication est faite par l'officier de l'état civil désigné par la loi, de la même manière pour toutes les promesses de mariage, par voie d'affiche ou par voie d'insertion dans la feuille officielle » (art. 33).

Quatorze jours après la publication des promesses de mariage au domicile de l'époux, l'officier de l'état civil de ce domicile délivre, s'il n'y a pas eu d'opposition ou si l'opposition a été régulièrement écartée par le juge compétent, un certificat constatant que la publication légale a eu lieu; cette publication perd son efficacité si la célébration du mariage n'a pas lieu dans les six mois qui suivent (art. 36).

Sur la présentation du certificat de publication ou des dispenses accordées, en cas de danger de mort, par l'autorité cantonale, l'officier de l'état civil procède à la célébration du mariage, laquelle a lieu en principe dans l'arrondissement du domicile du futur. Sur la délégation écrite de l'officier de l'état civil de ce domicile, le mariage peut aussi être célébré par l'officier de l'état civil d'un autre arrondissement compris dans le territoire fédéral.

Dans ce cas, celui-ci doit immédiatement trans-

(1) V. ci-dessus, p. 156 et note 1.

former une copie de l'acte de mariage, pour être transcrite sur les registres officiels du domicile. — « Si l'époux est étranger, le mariage ne peut être célébré que sur la présentation d'une déclaration de l'autorité étrangère compétente, constatant que le mariage sera reconnu par elle avec toutes ses suites légales. Est réservé toutefois le droit de dispense des gouvernements cantonaux prévu à l'art. 31, alinéa dernier » (art. 37).

Le mariage a lieu publiquement, et dans la salle d'un bâtiment d'administration publique. En cas de maladie grave de l'un des futurs époux, constatée par certificat médical, le mariage peut être célébré dans une maison particulière. L'assistance de deux témoins majeurs est toujours nécessaire (art. 38). Pour la célébration, l'officier de l'état civil demande successivement à chacun des deux futurs époux s'ils veulent se prendre pour mari et pour femme, et, sur la déclaration affirmative, prononce, au nom de la loi, qu'ils sont unis par le mariage. Immédiatement après, le mariage est inscrit sur le registre, et l'acte est signé par les époux et par les témoins (art. 39) (1).

#### XXVI. — Turquie.

Le mariage est considéré comme un acte religieux. Pour les musulmans, les formalités du mariage con-

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1875, p. 715.



sistent dans l'échange des consentements devant deux témoins, dans des paroles sacramentales et dans la célébration proprement dite devant le membre du clergé choisi par les parties (1).

Nous savons que le gouvernement ottoman reconnaît à ses sujets non musulmans, orthodoxes, catholiques, grecs-unis, protestants, arméniens, israélites, etc., le droit d'être gouvernés par leurs lois religieuses et par la juridiction de leurs communautés respectives, en ce qui concerne le mariage (2). Les non-musulmans célébreront donc leur mariage, avec l'autorisation du chef de leur communauté, par le prêtre de leur rite, sauf obligation pour ce dernier à en faire déclaration dans les huit jours aux directeurs de l'état civil (3).

Remarquons encore que chez les musulmans en dehors du mariage permanent, il existe encore deux sortes de mariages : 1° le *mariage temporaire*, tenu pour valable par les *chapiïtes* et les *azémïtes*, mais non par les *chiïtes* ; — et 2° le *mariage avec des esclaves* (4).

(1) Salem, *Du mariage des étrangers en Turquie*, dans le *Journal de dr. int. pr.*, 1889, p. 23 et s. Cf. Mandestam, *Du mariage et du divorce des ottomans à l'étranger et des étrangers en Turquie* (*ibid.*, 1903, p. 86 et suiv.)

(2) Salem, *loc. cit.*

(3) Loi sur l'état civil de 1881 (1298 de l'hégire), art. 23. Cf. Salem, *loc. cit.*

(4) Lehr, *op. cit.*, p. 319 et 320, n° 753 et 754.

## CHAPITRE IV

### DU CONFLIT DES LOIS RELATIVES AUX FORMALITÉS EXTÉRIEURES DU MARIAGE

#### TITRE PREMIER

##### De la règle « *Locus regit actum* ».

Nous avons vu que l'acte du mariage se décompose en deux éléments distincts : l'un *intrinsèque* qui comprend les conditions requises pour que cet acte soit valable, c'est-à-dire la capacité des parties et leur consentement ; l'autre *extrinsèque*, qui a pour objet de constater l'existence de l'acte, d'en rendre la preuve facile par la rédaction d'un écrit, par une célébration solennelle, par certaines mesures de publicité. C'est à ce dernier élément que s'applique la règle *Locus regit actum*. M. Weiss observe, très judicieusement, que cette formule peut prêter à la confusion, car le mot *actus* désigne aussi bien le fait juridique lui-même, *quod gestum est*, que les formalités proprement dites, que l'*instrumentum* qui

le constate. « Il vaudrait donc mieux dire : *locus actum regit instrumentum ejus.* » (1)

**SECTION I<sup>re</sup>. — Fondement de la règle « *Locus regit actum.* »**

Quel est le fondement de cette maxime ? Est-ce, comme le soutenaient les anciens auteurs, la soumission volontaire et momentanée de l'étranger à la *lex loci* ? « L'étranger, — disait Hert (§ 10, n° 1), — devient, *quant à ses actes*, sujet temporaire de l'Etat dans lequel il agit, tout en restant soumis d'ailleurs, quant à sa personne, aux lois de son pays (2). » Cette opinion ne peut nous satisfaire, car elle va à l'encontre de la portée internationale de la règle *Locus regit actum*. « On ne comprend pas pourquoi l'étranger soumis, relativement à ses actes, à la souveraineté locale, continue à relever, dans son état, dans sa capacité, de sa loi personnelle. D'autre part, s'il est réputé d'être volontairement soumis à la souveraineté de l'Etat où l'acte est intervenu, c'est une raison pour que cet acte soit valable dans les

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 98, note 3. Cf. Clunet, *Journal du dr. int. pr.*, 1881, p. 464.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 101. Cf. Burgundus, *Tractatus*, 4, n° 8 ; P. Voet, *De statutis*, t. IX, 2,9 ; Glück, *Pandekten*, §§ 44 et 75, Story, § 261, cités par Weiss, *eod. loc.*

limites territoriales de cette souveraineté; mais en dehors de ces limites, il ne sera pas nécessairement reconnu. Or, l'un des caractères de la règle *Locus regit actum* est d'être universel et de rendre l'acte passé conformément à la loi locale pleinement valable en tous lieux, notamment dans la patrie de son auteur (1). »

M. von Bar attribue, comme fondement de la règle, le consentement unanime et traditionnel des nations (2)? Ce n'est pas répondre à la question, car celle-ci reste debout : pourquoi cet accord unanime et séculaire ?

M. Buzzati tire une explication de l'*ordre public*, basant la règle sur des considérations d'ordre politique, économique ou religieux (3). A cela M. Albéric Rolin répond très justement que, « en supposant que les formes soient d'ordre public, il faudrait encore préciser le moyen d'action de cet ordre public... Pour qu'au nom de l'ordre public seul les lois relatives aux formes fussent obligatoires, et exclusivement obligatoires, pour tous ceux qui accomplissent un acte sur le territoire, il faudrait qu'elles fussent d'ordre public moral ou absolu (4), comme les lois

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 102.

(2) L. von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, t. I, p. 9, 337 et s.

(3) Buzzati, *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili (Locus regit actum)*, Turin, 1894, p. 51 et s.

(4) Nous dirons d'*ordre public international*. Cf. Ch. Brocher, *op.*

pénales, ou en général les lois relatives aux bonnes mœurs. Peut-on soutenir sérieusement qu'il en est ainsi des formes en général, des formes probantes, par exemple, ou même des formes de solennité? Nous en doutons... (1) ».

La règle *Locus regit actum* se justifie surtout par son utilité pratique; elle « n'est déduite d'aucune théorie scientifique; c'est une exception suggérée par la pratique, adoptée par le droit positif, et que des grandes raisons d'utilité n'ont cessé de recommander (2) ». Les formes extérieures de tout acte juridique ont pour but de protéger ceux qui y interviennent contre la fraude ou la pression possibles. D'autre part, comment le mariage pourra-t-il être célébré suivant les règles de la loi personnelle des étrangers lorsque les autorités locales refuseront d'appliquer ces règles; ou encore, la célébration suivant la loi nationale des futurs étrangers est-elle possible lorsque aucun officier public n'a des attributions analogues à celles de l'officier de l'état civil institué par cette loi? En ces cas, l'obligation de respecter la loi nationale n'équivaut-elle pas à une véritable interdiction de se marier? L'intérêt de

*cit.*, t. I, p. 406 et s.; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 84; Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., p. 176, n<sup>o</sup> 160.

(1) Albéric Rolin, *op. cit.*, t. I, p. 355.

(2) Pillet, *Etudes sur les sources du droit international (Journal du dr. int. pr.*, 1891, p. 28.

l'Etat, comme celui des particuliers, répugne à un régime aussi tyrannique (1).

Nous avons vu que l'*ordre public international* ne peut pas être une base de la règle *Locus regit actum* ; ce n'est donc pas l'intérêt de l'Etat, sur le territoire duquel l'étranger demande à exercer ses droits, qui est en jeu. La règle est commandée surtout par l'intérêt de l'étranger, il résulte que ce n'est pas à la loi locale qu'il appartient de la formuler, mais à sa loi personnelle. Lorsque donc, la loi personnelle défend de faire célébrer le mariage en dehors des formes prescrites, la règle *Locus regit actum* cesse d'être applicable. « Il n'y a là, écrit M. von Bar, qu'une concession présumée ou tacite faite par la législation du pays d'origine et la législation qui régit le fond de l'affaire peut, *par disposition formelle et expresse*, exclure l'application de cette règle ; seulement, comme elle est d'une utilité énorme, une bonne législation n'usera de cette faculté qu'en cas de besoin urgent (2). » La *Locus regit actum* sera donc toujours présumée et cette présomption ne cédera que devant une prohibition directe (3).

(1) Merlin, *Répertoire*, v<sup>o</sup> *Loi*, § 6, n<sup>os</sup> 7 et 8 ; Fœlix et Demangeat, *op. cit.*, t. I, n<sup>o</sup> 47 et s. ; Surville et Arthuys, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édit., p. 208, n<sup>o</sup> 186 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, pp. 403-404 ; Paul Pic, *op. cit.*, p. 55.

(2) L. von Bar, *Conflit des lois du droit civil, Mariage et divorce* (*Journal de dr. int. pr.*, 1887, p. 698).

(3) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 406 ; voir aussi autorités et jurisprudence citées, *eod. loc.*, note 1.

**SECTION II. — Caractère de la règle « *Locus regit actum* ». La règle cesse-t-elle d'être appliquée en cas de fraude des parties ?**

L'étranger a-t-il le droit de recourir aux formes locales, ou pourra-t-il, s'il le préfère et si cela est possible, employer les formes édictées par sa loi personnelle ? En d'autres termes, la règle *Locus regit actum* a-t-elle un caractère *impératif* ou seulement *facultatif* ?

Pour ceux qui admettent comme fondement de la règle *Locus regit actum*, la soumission volontaire et temporaire de l'étranger à la souveraineté de l'Etat sur le territoire duquel il se trouve, il ne fait pas de doute que la règle a un caractère impératif. « Les formes requises pour conclure un contrat sont celles, et exclusivement celles que prescrit la loi du lieu où le contrat est formé », écrit Dudley Field (1). M. Paul Pic s'oppose également à ce qu'on considère la règle comme ayant un caractère facultatif. « Nous contestons absolument ce système, d'abord au point de

(1) Dudley Field, *Projet de Code international* (trad. Albéric Rolin), art. 614. V. (les autorités citées au *Répertoire de Merlin*, v<sup>o</sup> *Testament*, sect. III, § 4, art. 2 ; par Félix, *op. cit.*, t. I, n<sup>o</sup> 83 ; par M. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 107, note 1 ; et par M. Lainé, *op. cit.*, t. I, p. 405 et 406.



vue de l'Etat sur le territoire duquel le mariage est contracté, et dont la souveraineté serait violée, ensuite au point de vue de l'Etat dont relèvent les contractants, qui est plutôt intéressé à prohiber de telles unions (1). » Et Laurent, se plaçant au point de vue social, écrit que « dans les conventions ou autres actes on ne tient compte, *en matière de forme*, ni de l'état des parties ni de la situation des biens; la loi règle les formes à raison des mœurs, de la civilisation, de la condition intellectuelle et morale des populations; donc il ne considère pas si les parties sont indigènes ou étrangères, et on ne demande pas quelle est la loi nationale qui les régit; le législateur territorial décide seul, et sa décision est absolue, générale, en ce sens que la loi des formes est une loi du droit des gens, reconnue partout et pratiquée par tous. Tout cela est élémentaire (2) ». M. Arsène Laurent s'élève contre cette affirmation du grand jurisconsulte belge, qu'il qualifie de pure pétition de principe. Si les règles que le législateur établit, quant aux formes du mariage, sont faites en considération des mœurs, du développement moral et intellectuel du peuple, « il est évident qu'en ce faisant, le législateur a en vue seulement les habitants du pays pour lequel il légifère, les nationaux et non pas les étrangers. Le législateur a voulu imposer à ses nationaux certaines

(1) Paul Pic, *op. cit.*, p. 57.

(2) Laurent, *Le droit civil international*, t. IV, n° 236.

formes de contracter. La nature des choses semblerait donc vouloir que celui qui appartient à une nation, et qui est particulièrement soumis à la loi qui a été faite pour lui, reste soumis à la loi partout où il résidera. Il semble que cette loi des formes atteint indirectement la capacité de l'individu. Dire que tel résultat ne sera atteint qu'à la condition de respecter telle ou telle forme, c'est dire d'une manière détournée, mais néanmoins très claire, que les parties sont incapables d'atteindre ce résultat sans recourir aux formes légales. Donc, en principe, puisqu'il est admis maintenant que les règles de capacité, telles qu'elles sont édictées par la loi nationale, suivent l'individu partout où il se transporte, il serait logique que, partout, l'individu fût astreint à observer les conditions mises par sa loi nationale à l'accomplissement de tel ou tel acte (1) ». Si on admet donc que l'étranger peut se servir des formes locales, c'est en raison seulement de l'utilité pratique qu'il en résulte. « Cette règle, — dit M. Weiss, — constitue pour l'étranger une faveur, une dérogation apportée, *dans son intérêt*, au droit commun de la personnalité des lois. » Et M. Arsène Laurent ajoute : « L'acte est valable *quoique fait* seu-

(1) A. Laurent, *De la validité du mariage canonique contracté en France entre deux étrangers dont la loi nationale reconnaît ce mariage*, Paris, Larose, 1895, p. 13.

lement dans la forme locale, et non *parce que* fait dans cette forme (1). »

L'étranger a donc le droit de choisir entre les formes édictées par sa loi nationale, et celles imposées par la loi du lieu de la célébration, lorsque ce choix est possible, car il nous semble que le caractère de la *Locus regit actum* est essentiellement facultatif (2).

Peut-il être fait exception au principe de la *Locus regit actum*, lorsque le national serait allé se marier en pays étranger uniquement pour se soustraire aux restrictions ou aux prohibitions de sa loi nationale ?

Quelques auteurs ont soutenu qu'il était naturel qu'on appliquât la *lex loci* lorsque le national se trouvait en pays étranger et ne pouvait suivre les dispositions de sa loi personnelle concernant les formes du mariage. Mais, lorsque le national était allé à l'étranger, dans le seul but de se dérober à ses lois, l'acte était frauduleux et, comme tel, il ne peut pas être tenu comme valable (3).

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 107 ; A. Laurent, *op. cit.*, p. 14.

(2) Fœlix, *op. cit.*, t. I, n° 83 ; Surville et Arthuys, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édit., p. 225, n° 206 ; Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édit., p. 357, n° 341 ; Audinet, *op. cit.*, p. 263, n° 363 ; Albéric Rolin, *op. cit.*, t. I, p. 361 et s. ; Pillet, dans le *Journ. du dr. int. pr.*, 1895, p. 944 ; V. aussi auteurs et jurisprudence cités par M. Weiss, *op. et loc. cit.*

(3) Voir, J. Voet, *Comment. ad Pandectas, De statutis*, n° 14 ; Boul-

Cette théorie, qui a trouvé crédit près de la jurisprudence des tribunaux de France, est généralement repoussée par la doctrine. L'adoption de cette théorie, au lieu de prévenir les conflits relatifs à la forme des actes, ne ferait qu'augmenter les difficultés. Comment les tribunaux saisis pourront-ils connaître les intentions les plus secrètes des parties ? Et ne voit-on pas qu'une telle recherche est irritante au plus haut degré ? Si cette thèse était vraie, « elle conduirait à dire — écrit très justement M. Weiss — que la règle *Locus regit actum* ne reçoit d'application que dans le cas où il est impossible à l'émigré de recourir, à l'étranger, aux formes établies par sa loi nationale ; ce qui en réduirait singulièrement la portée (1) ».

La règle *Locus regit actum* se trouve dans toutes les législations, qui l'ont admise en principe, sinon avec toutes les conséquences qui résultent de son application. Il en est ainsi en *Allemagne* (2) (C. civ., art. 11

lenois, *Traité de la personnalité et la réalité des loix*, t. I, p. 427 (cités tous deux en note par M. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 111) ; Fœlix, *op. cit.*, t. I, n° 82 ; Laurent, *op. cit.*, t. II, p. 239 ; Surville et Arthuys, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édit., p. 219, n° 196 ; Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édit., p. 354, n° 336 ; Pillet, dans le *Journ. du dr. int. pr.*, 1895 p. 951.

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 111. Cf. Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 62 ; Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. II, p. 7 ; von Bar, *op. cit.*, t. I, p. 350, Audinet, *op. cit.*, p. 266 ; Varnier, *op. cit.*, p. 150.

(2) « La forme du mariage conclu en Allemagne se détermine

et 13 ; loi d'Empire du 6 février 1875 ; loi wurtemb., 8 août 1875 ; loi bavar., 18 octobre 1875 ; loi sax., 5 nov. 1875 ; loi bad., 9 déc. de la même année) ; en *Angleterre* (1) ; en *Autriche* (2) ; en *Belgique* (loi du 20 mai 1882) (3) ; au *Brésil* (décr. du 24 janv. 1890) (4) ; au *Congo* (loi du 20 février 1891) (5) ; au *Chili* (C. civ., art. 119) (6) ; en *Espagne* (C. civ., art. 55 ; loi du 18 juin 1870, art. 41) (7) ; au *Guatemala* (C. civ., art.

exclusivement d'après les lois allemandes » (art. 13, C. civ. all., Cf. Reichsgericht, de Leipzig, 16 décembre 1893 (*Journal du dr. int. pr.*, 1894, p. 571).

(1) V. Westlake, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1881, p. 312 ; Lehr, *Le Mariage, le divorce et la sép. de corps*, p. 246, n° 462, et *Éléments de droit civil anglais*, p. 54 ; Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. II, p. 5 ; Haward Elphinstone, dans le *Journal du droit int. pr.*, 1890, p. 811 ; Kœnig (*ibid.*, 1885, p. 275). Il a été jugé que le mariage célébré en pays païen, conformément aux usages locaux, était valable, à moins qu'il n'ait été contracté par un Anglais avec une femme du pays (arrêt de la Haute-Cour de Londres, 8 février 1890, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1890, p. 713). V. aussi auteurs et arrêts cités par M. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 480, note 3.

(2) *Journal de dr. int. pr.*, 1888, p. 674. V. égal. deux arrêts de la Cour suprême de Vienne cités par M. Weiss, *op. et loc. cit.*

(3) « Les mariages en pays étrangers entre Belges et entre Belges et étrangers seront célébrés dans les formes usitées dans ledit pays » (art. unique, § 1 de la loi du 20 mai 1882, remplaçant l'article 170 du C. civ. belge).

(4) V. Lehr, *op. cit.*, p. 147, n° 279.

(5) Art. 6 : « Le mariage est régi : quant à la forme, par la loi du lieu où il est célébré... » Guillaume, *op. cit.* p. 406.

(6) V. Lehr, *op. cit.*, p. 143, n° 293.

(7) « Le mariage contracté à l'étranger par deux Espagnols, ou par un Espagnol et un étranger, sera valide si l'on observe dans sa célébration les lois établies dans le pays où il a eu lieu pour la ré-

113) (1); au *Haïti* (C. civ., art. 155) (2); aux *Etats-Unis* (3); en *Hongrie* (loi XXXI de 1894, art. 173) (4); en *Italie* (C. civ., art. 110) (5); au *Japon* (C. civ., art. 50); au *Mexique* (C. civ., art. 123); au *Portugal* (C. civ., art. 1065) (6); en *Roumanie* (C. civ., art. 152) (7); aux *Pays-Bas* (C. civ., art. 138) (8); en *Russie* (9); en *Suisse* (loi fédérale du 29 mai 1874, art. 25) (10); en *Suède* (11); en *Uruguay* (C. civ., art. 101), etc., etc. En *France*, l'art. 170 du Code civil dispose

*gularité des formes extérieures du contrat.* » (art. 41 de la loi du 18 juin 1870.)

(1) L. Boujol, *op. cit.*, p. 106.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 480, note 3.

(3) Asser, dans la *Revue de droit international*, 1875, p. 405.

(4) Avant 1894, les Hongrois étaient obligés de suivre les formes religieuses déterminées par leur loi personnelle lorsqu'ils contractaient mariage à l'étranger (Lehr, dans le *Journal du droit international privé*, 1884, p. 495).

(5) « Le mariage contracté en pays étranger entre citoyens, ou entre un citoyen et un étranger, est valable, *pourvu qu'il soit célébré suivant les règles établies dans ce pays.* »

(6) Cf. art. 24 du Code civil portugais. V. Guillaume, *op. cit.*, p. 458.

(7) « Le mariage contracté en pays étranger entre Roumains, ou entre Roumains et étrangers, sera valable même dans le pays, *s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays étranger.* »

(8) « Les mariages contractés en pays étranger, soit entre Néerlandais, soit entre Néerlandais et étrangers, seront valables *s'ils ont été célébrés dans les formes usitées dans le pays.* » Cf. Guillaume, *op. cit.*, p. 451.

(9) Weiss, *op. et loc. cit.*

(10) Cf. Lehr, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1884, p. 52.

(11) Boujol, *op. cit.*, p. 106.

que « le mariage contracté en pays étranger, entre Français (et entre Français et étrangers), sera valable *s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays...* »

L'Institut de droit international décidait, à la session de Munich, que « la forme externe de la célébration du mariage est régie par la loi du lieu de la célébration (1)... » ; de même à la session de Bruxelles (2). A la session de Heidelberg, on décida qu' « il *suffit*, pour qu'un mariage soit valable partout, que les formes prescrites par la loi du lieu de la célébration aient été observées (3) ». A la session de Lausanne, en outre, l'article 3 des *Conclusions* disposait que « si dans un pays la forme de la célébration est purement religieuse, les étrangers doivent être autorisés à célébrer leur mariage *selon les formes légales de leur pays d'origine* (4)... » A toutes les sessions on admettait que le mariage peut être célébré selon la loi nationale des parties, devant l'agent diplomatique ou le consul de leur pays.

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. VII, p. 45.

(2) V. Conclusions de MM. von Bar et Brusa, et celles de M. Kœnig, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. VIII, p. 67 et 70.

(3) V. Rapport de M. von Bar et *Règles essentielles sur les conflits de lois en matière de mariage et de divorce*, votées en séance des 6 et 7 septembre 1887 (*Annuaire de l'Institut de droit international*, t. IX, p. 91 et 126.)

(4) *Annuaire de législation étrangère*, t. X, p. 75.



Nous parlerons plus loin de ce cas. Contentons-nous de remarquer que toujours l'Institut de droit international considéra la règle *Locus regit actum* comme ayant un caractère *facultatif*.

La convention de La Haye, du 12 juin 1902, contient, quant à la forme, trois articles, issus à titre de conciliation des opinions diverses qui partageaient les conférences de La Haye :

Art. 5. — « Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré selon la loi du pays où il a eu lieu.

Il est toutefois entendu que les pays, dont la législation exige une célébration religieuse, pourront ne pas reconnaître comme valables les mariages contractés par leurs nationaux à l'étranger sans que cette prescription ait été observée.

Les dispositions de la loi nationale, en matière de publications, devront être respectées, mais le défaut de ces publications ne pourra pas entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui dont la loi aurait été violée.

Une copie authentique de l'acte de mariage sera transmise aux autorités du pays de chacun des époux. »

Art. 6. — « Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré devant un agent diplomatique ou consulaire, conformément à sa législation, si aucune des parties contractantes n'est

ressortissante de l'Etat où le mariage a été célébré si cet Etat ne s'y oppose pas. Il ne peut s'y opposer quand il s'agit d'un obstacle d'ordre religieux, qui serait contraire à ses lois. »

La réserve du second alinéa de l'article 5 est applicable aux mariages diplomatiques ou consulaires.

Art. 7. — « Le mariage nul, quant à la forme dans le pays où il a été célébré, pourra néanmoins être reconnu comme valable dans les autres pays, si la forme prescrite par la loi nationale de chacune des parties a été observée. »

## TITRE II

Application de la règle « *Locus regit actum* » — Hypothèses pratiques du conflit des lois quant aux formalités du mariage.

Ainsi que nous l'avons fait pour le conflit des lois quant à la capacité matrimoniale, pour étudier la solution du conflit concernant les conditions de forme, au point de vue français, nous nous placerons successivement dans le cas de deux Français qui se marient en pays étranger (première hypothèse), dans celui de deux étrangers de même nationalité qui veulent contracter mariage en France (deuxième

hypothèse), enfin dans le cas d'un mariage mixte, entre une personne française et une personne étrangère ou entre personnes étrangères de nationalité différente (troisième hypothèse).

**SECTION I<sup>re</sup>. — Première hypothèse : Deux Français se marient en pays étranger.**

Tant que l'Eglise régla d'une manière uniforme les lois du mariage, aucun conflit n'était possible. A partir du concile Trente et de la Réforme, l'unité de loi cessa. On peut se demander si la règle *Locus regit actum* fut désormais appliquée. Boullenois (1) reconnaît formellement pour le mariage la *lex loci* ; mais, il ne faut pas oublier que les ordonnances royales annulaient les mariages des Français contractés à l'étranger sans l'autorisation royale, et par là, le terrain de l'application de la *lex loci* se trouvait considérablement réduit. Ainsi le roi n'autorisait jamais le mariage des Français, lorsque ceux-ci s'avisèrent de contracter une union légitime devant un ministre protestant suivant la *lex loci*. Cependant, au XVIII<sup>e</sup> siècle, les Parlements, atténuant la rigueur des ordonnances royales, n'annulaient le mariage non

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes et statuts*, t. I, p. 494. Cf. Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, t. I, ch. xxviii, nos 64 et 65.

autorisé par le souverain que lorsque les parties avaient agi dolosivement (1). La *Locus regit actum* fut également appliquée, avant la promulgation du Code civil, en deux cas spéciaux : 1° Il a été décidé, par la Cour de cassation (8 juin 1809), que les soldats français, faisant partie du corps expéditionnaire d'Egypte, ont pu valablement épouser des femmes de ce pays, suivant les formalités locales ; et que, par suite, les dites formalités ne prescrivant la rédaction d'aucun acte public pour la cérémonie du mariage, celui-ci peut être prouvé en France par titres ou par témoins ; — 2° que le mariage contracté par une étrangère avec un Français, antérieurement à la promulgation du Code civil, dans un pays ne possédant par l'institution des actes de l'état civil, est suffisamment établi par la possession d'état, et que le titre d'épouse légitime ne pouvait pas être contesté à la veuve, par les parents du Français (Metz, 2 juin 1814) (2).

Le Code civil distinguant nettement les formes extrinsèques et les conditions de fond (3), dispose

(1) Paul Pic, *op. cit.*, p. 67. V. aussi Merlin, *Répertoire*, v° *Marriage*, s. IV, § 2, n° 9.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 456, note.

(3) Les anciens auteurs ne distinguaient pas assez clairement les unes des autres. Ainsi le consentement des parents était considéré comme une condition de forme. Voir notamment les arrêts des anciens Parlements, ci-dessus, p. 193 et s.

pour les premières, dans l'article 170, que « le mariage contracté en pays étranger... sera valable *s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays...* » Ainsi la loi française permet sans aucune restriction l'application de la loi étrangère en ce qui concerne :

1° Les mesures de publicité requises pour le mariage ;

2° La résidence qu'elle suppose chez les futurs époux ;

3° Les solennités prescrites pour la célébration ;

4° Les formes instrumentaires de l'acte, qui constate cette célébration (1).

Ainsi que nous l'avons dit plus haut, les parties ont le choix entre la loi nationale et la loi locale, et ce choix est complètement libre sans que les tribunaux aient à scruter l'intention secrète des parties. Le mariage contracté entre Français en pays étranger, suivant les formes locales, sera toujours valable ; même lorsque les futurs n'auraient eu d'autre but, en se mariant hors de leurs pays, que de se soustraire aux exigences de la loi française (2).

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 456 et 457.

(2) V. ci-dessus, p. 377, Cf. Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 62 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 441 et 457 ; Despagnet, *op. cit.*, p. 375, n° 382 ; Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. II, p. 7. — En sens contraire, Fœlix et Demangeat, *op. cit.*, t. I, n° 92 ; Laurent, *op. cit.*, t. II, p. 239.

I

Suivant ce principe nous dirons que le mariage des Français célébré devant un ecclésiastique (curé, pope, pasteur ou rabbin), dans un pays qui n'admet que le mariage religieux, sera toujours valable en France. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes à ce sujet. Cette obligation de recourir aux offices d'un ecclésiastique, peut cependant présenter de graves inconvénients. Les Français peuvent habiter un pays où les ministres de leur culte sont rares ; ou même, dans toute la contrée, il n'y en a aucun ; ou encore, des scrupules de conscience peuvent empêcher les futurs de recourir aux cérémonies religieuses. Dans tous ces cas, leur mariage sera rendu impossible, à moins que la France ne soit pas représentée dans la contrée de ce pays par un consul qui puisse valablement célébrer le mariage suivant les lois françaises. On a proposé encore de permettre en ce cas le mariage consensuel (1) ; mais aucun texte n'autorise pareille solution.

Les Français peuvent également faire célébrer leur mariage par un prêtre dans un pays qui admet concurremment le mariage religieux et le mariage civil, et le mariage sera regardé comme très régulier par les tribunaux français. Comme dans le cas pré-

(1) Albéric Rolin, *op. cit.*, t. II, p. 93.

cédent, la doctrine et la jurisprudence se sont prononcées en ce sens. La Cour d'Orléans, par son arrêt du 9 février 1900 (1), valide un mariage célébré en Angleterre devant un ministre du culte. Le Tribunal civil de la Seine a jugé, le 20 décembre 1900, que le mariage célébré dans des conditions pareilles et dans le même pays, après l'obtention des dispenses de publications accordées par le *superintendent registrar*, était parfaitement valable (2). Donc la jurisprudence et la doctrine françaises se rangent de l'avis que le mariage d'un Français célébré à l'étranger, devant un ministre du culte, est toujours valable, soit que la célébration ait eu lieu dans un pays n'admettant que le mariage, soit qu'elle ait eu lieu dans un pays où le choix entre la forme religieuse ou civile existe (3).

(1) *Journal du droit international privé*, 1900, p. 595.

(2) *Ibid.*, 1901, p. 357.

(3) V. Fœlix et Demangeat, *op. cit.*, t. II, p. 367 ; Laurent, *Droit civil international*, t. IV, p. 445 et s. ; Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., p. 393, n<sup>o</sup> 381 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 457-458 ; P. Pic, *op. cit.*, p. 67 et 68. — Cass., 16 juin 1829 (D. P., 1829, 1, 272) ; — 9 nov. 1846 (Sir. 1847, 1, 55) ; 20 janv. 1879 (Sir., 79, 1, 417) ; Bordeaux, 10 août 1831 (D. P., 1831, 2, 257) ; Bastia, 7 mai 1859 (Sir., 60, 2, 333) ; Aix, 28 mars 1862 (Sir., 62, 2, 387) ; Cass., 18 avril 1865 (Sir., 65, 1, 317) ; Trib. Seine, 20 janv. 1877 (*Journ. du dr. int. pr.*, 1878, p. 164) ; Aix, 19 déc. 1877 (*eod. loc.*, 1878, p. 273) ; Trib. Seine, 14 mars 1879 (*eod. loc.*, 1879, p. 281) ; Trib. Seine, 20 mai 1879 (*eod. loc.*, 1879, p. 488) ; Trib. Avignon, 14 décembre 1880 (*Le Droit*, 2 oct. 1881) ; Trib. Lyon, 1<sup>er</sup> juin 1881 (*Monit. jud. de Lyon*, 17 août 1881) ; Lyon, 29 déc. 1881 (*Journ. du dr. int. pr.*, 1882, p. 534) ; Trib. Seine, 24 janv. 1882 (*eod. loc.*, 1882, p. 84) ; 5 déc. 1883 (*eod. loc.*, 1884, p. 293) ; Trib. Bor-



Il en est de même des jurisprudences anglaise (1), italienne (2), belge (3), roumaine (4), etc., etc.

On discute cependant pour savoir si la règle *Locus regit actum* doit être appliquée aux Français dans les échelles du Levant. Un mariage entre Français célébré en Turquie devant le ministre de leur culte, suivant les lois turques, est-il valable en France ? Pour certains auteurs, par le régime exceptionnel des capitulations, le Français, en Orient, est considéré suivant la fiction d'extraterritorialité, comme n'ayant jamais quitté le territoire français. Il est donc assimilé aux agents diplomatiques et consulaires ; la loi applicable est la loi française, et le mariage sera célébré suivant les formes françaises devant les agents consulaires de France, exerçant les fonctions d'officier de l'état civil (5). Ces auteurs oublient que

deaux, 28 déc. 1885 et Bordeaux, 21 déc. 1886 (*Journ. Bordeaux*, 1887, t. 1, 96) ; Trib. Seine, 14 juin 1887 (*Journal du dr. int. pr.*, 1889, p. 104) ; — 12 juillet 1888 (*Le Droit*, 13 juillet 1888) ; — 30 déc. 1892 (*Journal du dr. int. pr.*, 1893, p. 412) ; Orléans, 9 février 1900 (*cod. loc.*, p. 595).

(1) V. Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. II, p. 6 et 7.

(2) Cass. Rome, 15 mai 1857 (*La Legge*, 1877, t. 1, 531) ; Palerme, 16 août 1895 (*Journal du dr. int. pr.*, p. 668).

(3) Bruxelles, 26 nov. 1890 (*Journal du dr. int. pr.*, 1876, p. 298) ; trib. Anvers, 14 nov. 1878 et 11 mai 1888 (*Pasicrisie*, 1879, 3, 164, et *Journal du dr. int. pr.*, 1889, p. 798).

(4) V. Busdugan, *op. cit.*, p. 140.

(5) Féraud-Giraud, *De la juridiction française dans les Echelles du Levant et de Barbarie*, t. II, p. 102 et 103 ; Pic, *op. cit.*, p. 110 et suiv. ; Trib. consulaire d'Italie à Constantinople, 17 mars 1870.

la *Locus regit actum* a justement pour fondement l'intérêt pratique de nationaux émigrés. Si l'on appliquait la fiction d'extraterritorialité exclusivement, il arriverait que les Français habitant une ville ou une contrée, où la France ne serait pas représentée, se trouveraient dans l'impossibilité de se marier. Or, les capitulations ont été faites non pas pour désavantager les étrangers, et, comme la *Locus regit actum* a un caractère de règle facultative, le Français en ce qui concerne le mariage a le choix entre les formes françaises ou entre les formes religieuses conformément à la *lex loci*. « Attendu — dit la Cour de cassation par son arrêt du 18 avril 1865 (1) — que les capitulations qu'invoque le pourvoi ont eu principalement pour but de soustraire les Français à la juridiction musulmane... et de leur assurer la garantie de la justice et des lois de leur pays... ; mais qu'on ne trouve nulle part l'obligation pour lui de recourir aux agents diplomatiques et aux

(1) D. P., 1865, 1, 342. — V. en ce sens, Aix, 20 mars 1862 (Sir., 62, 2, 387) ; Trib. consulaire de Constantinople, 1<sup>er</sup> juin 1877 et Aix, 19 déc. 1877 (*Journal du dr. int. pr.*, 1878, p. 273) ; Trib. cons. du Caire, 17 mars 1882 (*eod. loc.*, 1883, p. 171) ; Trib. consul. Constantinople, 12 sept. 1890 (*eod. loc.*, 1890, p. 914) ; Aix, 16 janvier 1845 (*eod. loc.*, 1895, p. 616). — Trib. cons. d'Espagne à Constantinople, 6 mai 1892 (*eod. loc.*, 1893, p. 457) ; 25 sept. 1892 (*eod. loc.*, 1894, p. 469). — Cass. Turin, 29 juin 1879 (*Giu-rispr. ital.*, 1870, 1, 674) ; Trib. cons. d'Italie à Constantinople, 24 juillet 1894 (*Journal du dr. int. pr.*, 1895, p. 888). — V. aussi Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 240, 256 et 458 note.

chanceliers des consulats... ; attendu qu'avec la même interprétation, les mêmes lois doivent recevoir partout la même exécution et qu'on ne saurait refuser aux Français, dans les Etats de la Porte, le bénéfice de la maxime *Locus regit actum* sans être logiquement et invinciblement conduit à le lui refuser dans tous les autres Etats. » Dans un plus récent arrêt, celui de la Cour d'Alger du 11 mars 1902 (1), on décidait que le mariage de deux Français, célébré en Tunisie devant un prêtre catholique, était parfaitement valable.

Par application du principe qui nous guide, nous croyons que le mariage contracté *solo consensu* par un Français, dans un pays qui, comme l'Etat de New-York ou l'Ecosse, n'exige aucune solennité, est parfaitement valable en France. On oppose à cette solution le fait que l'article 170, parlant des mariages célébrés dans les formes étrangères, ne peut viser les mariages contractés *solo consensu*. Il est possible que les rédacteurs n'aient pas pensé à des législations spéciales comme celles de l'Ecosse. « Mais leur intention n'est pas douteuse, dit M. Weiss ; ils ont voulu rendre le mariage accessible aux Français, en quelque endroit qu'ils puissent se trouver ; ils ont voulu les faire profiter de la règle *Locus regit actum* ; et cette intention serait méconnue si l'on prétendait, sous le

(1) *Journal du dr. int. pr.*, 1903, p. 646.

prétexte que la loi locale réduit à rien ou presque à rien les formalités du mariage, déclarer nos nationaux incapables de fonder une famille sur le territoire qu'elle régit (1). »

En ce qui concerne la preuve du mariage, les Français pourront se servir en France de tous les moyens reconnus par la loi du lieu de la célébration. Ceci résulte de l'art. 47 du Code civil : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi s'il a été reçu dans les formes usitées dans ledit pays. » Dans le cas où le mariage a été célébré dans le pays où le simple échange des consentements suffit pour créer un mariage valable, cet acte peut être prouvé par les moyens de preuve de ce pays, tels : témoins, possession d'état, etc. La

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 459. — V. aussi Laurent, *op. cit.*, t. IV, p. 440 ; Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édit., p. 393, n<sup>o</sup> 381, Surville et Arthuys, p. 281, note 3 ; Audinet, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 524 *in fine* ; P. Pic, *op. cit.*, p. 69 ; Varnier, *op. cit.*, p. 152. — V. également la jurisprudence française et étrangère en ce sens. — Cependant M. Albéric Rolin écrit (*op. cit.*, t. II, p. 80 ets.) : « Sans doute, il serait erroné de ne considérer l'art. 170 au Code civil comme ne pouvant s'appliquer qu'à un mariage étranger accompli dans certaines formes. Mais ne peut-on pas soutenir que si, en fait, à côté du mariage *solo consensu*, irrégulier quoique valable, il existe en pays étranger des formes régulières du mariage, comme c'est le cas en Ecosse et dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, nos concitoyens ne seront pas tenus pour valablement mariés en Amérique... que s'ils se sont mariés dans une de ces formes régulières ? »

jurisprudence française est en ce sens (1); la jurisprudence roumaine également (2).

II

Le principe suivant lequel le Français peut se marier selon les règles de forme de la *lex loci*, est soumis en France à une double condition.

La première condition est indiquée par l'art. 170 du Code civil qui exige que le mariage « ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63, au titre *Des actes de l'état civil* ».

Le but de cette exigence est que le mariage, célébré entre Français à l'étranger, ne le soit à l'insu de ceux qui, en France, ont le droit d'y former opposition, et contrairement aux dispositions de la législation française. Des dispositions identiques se trouvent dans le Code civil italien (art. 100); dans le Code civil autrichien (art. 4); dans celui des Pays-Bas (art. 138); dans la loi hongroise n° xxxiii, de 1894; dans le Code civil portugais (art. 1065); dans le Code chilien (art. 119); dans le Code mexicain (art. 174).—

(1) Cass. req., 8 juillet 1886 (*Journal du dr. int. pr.*, 1886, p. 585); Bordeaux (D. P., 87, 2, 163); Alger, 24 déc. 1889 (*Journal du dr. int. pr.*, 1891, p. 1171); Trib. civ. Seine, 3 août 1894 (*ibid.*, 1895, p. 374. V. aussi, Weiss, *op. et loc. cit.*; Duguit, *op. cit.*, p. 86).

(2) Cour d'appel de Bucarest, 14 février 1901 (*Journal du dr. int. pr.*, 1902, p. 178).

Le Code roumain (art. 152) n'exige pas des publications lorsque les sujets roumains se marient à l'étranger, et la législation belge (loi du 20 mai 1882) ne les exige plus.

Bien entendu, le Français qui n'a jamais résidé en France, et dont la famille n'y a conservé aucun domicile, ne pourrait être obligé de faire en France les publications prescrites par l'article 63 (1). Quelques auteurs (2) soutiennent même que ces publications ne sont plus nécessaires, lorsque le futur français réside à l'étranger depuis plus de six mois. Le motif serait que le danger de clandestinité et de fraude, que l'art. 170 a voulu prévenir, n'est plus à craindre. On objecte que ce serait créer à ce Français une situation privilégiée. Lorsque le Français réside en France, il est obligé de faire des publications et dans la commune où il a six mois de résidence (art. 74) et dans celle où il a son domicile légal (art. 167); pourquoi lui suffirait-il de passer la frontière pour échapper à cette disposition? Il sera donc obligé de faire des publications à son domicile légal (3).

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, t. III, n° 22, Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 460, note 2; Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édit., p. 397, n° 384; Paul Pic, *op. cit.*, p. 76; Aix, 16 janvier 1895 (*Journal du dr. int. pr.*, 1895, p. 616).

(2) Merlin, *Répertoire*, v° *Bans de mariage*, n° 2; Toullier, t. I, n° 578 (Ce dernier invoque l'article 15 de l'ordonnance du 23 octobre 1833).

(3) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 461, en note; Paul Pic, *op. cit.*, p. 76; Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édit., p. 398, n° 384.

Les publications requises par l'art. 170 doivent être faites en la forme et dans les localités indiquées par les articles 166, 167 et 168 du Code civil. Il est certain que ces règles ne s'appliquent qu'en France, et c'est à tort que l'on voudrait obliger le Français *expatrié* de faire publier son mariage *dans la commune étrangère* où il réside depuis plus de six mois. « Les publications à faire à l'étranger sont prescrites dans l'intérêt des habitants du pays ; le législateur français n'a donc aucune qualité pour les ordonner et pour empiéter sur le domaine de la *lex loci* (1)... »

Quelle est la sanction des publications exigées par l'article 170 du Code civil français ?

Trois systèmes sont en présence : le *premier* frappe le mariage contracté à l'étranger sans publications en France d'une *nullité obligatoire* ; le *second permet* aux tribunaux de l'*annuler*, s'ils le jugent convenable ; enfin le *troisième* ne garantit que par une simple *amende* l'application de l'art. 170.

#### § I. — *Premier système : nullité du mariage.*

D'après ce système, la nullité du mariage résulte des termes mêmes de l'art. 170 : « Le mariage con-

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 464. — V. aussi Trib. civ. Orléans, 12 juillet 1893 (*Journal du dr. int. pr.*, 1893, p. 1170).



tracté en pays étranger entre Français et entre Français et étranger sera valable... *pourvu* qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63. » De plus, nous savons que la publicité est une condition indispensable du mariage ; l'art. 191 du Code le dit expressément : « Tout mariage qui [n'a point été contracté publiquement... peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public. » Mais tandis que cette publicité se compose en France d'éléments divers (publications préalables, intervention de l'officier de l'état civil, célébration dans la maison commune, présence de quatre témoins), pour le mariage célébré en territoire étranger, la seule publicité qu'il puisse recevoir en France résulte des publications prescrites par l'art. 170 du Code civil. Dans le premier cas, l'absence d'un des éléments (les publications préalables par exemple) ne suffit pas pour annuler le mariage, car si les autres éléments existent, la publicité est assez grande pour le soustraire au reproche de clandestinité. Mais lorsque le mariage a lieu à l'étranger et que le seul élément de publicité qui existe en France — publications conformément à l'art. 170 — fait défaut, ce mariage est clandestin et la nullité s'impose de droit. Il appartient d'introduire une action — suivant les termes de l'article 170 — à tout intéressé.

A ceux qui objectent que les nullités ne doivent pas être suppléées, et que celle qu'on met en avant paraît être démentie par l'art. 192, qui inflige une simple amende à l'officier de l'état civil aux parties, les défenseurs du système de la nullité répondent que si pour les mariages célébrés en France, le législateur s'est contenté d'une simple amende, il en est tout autrement pour les mariages contractés à l'étranger. L'officier étranger ne peut pas être atteint par les lois pénales françaises, il est donc nécessaire de remplacer l'amende par la nullité et cette nullité résulte clairement du texte de l'art. 170 (1).

§ II. — *Deuxième système : Annulabilité du mariage en cas d'intention frauduleuse.*

Un système qui paraît être définitivement celui de la jurisprudence la plus récente, permet de voir dans l'absence de publications une preuve que le Français a voulu faire fraude à la loi française, et d'*annuler* son mariage pour défaut de publicité (2) D'après ce système, le juge apprécie les faits, et échappe par là au contrôle de la Cour de cassation.

(1) V. les auteurs et la jurisprudence en ce sens, Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 463, note 1. L'arrêt le plus récent est celui de Besançon, 4 janvier 1888 (D. P., 1889, 1. 69).

(2) Pour la jurisprudence en ce sens jusqu'à 1894, voir Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 464, note. V. aussi Trib. civ. Seine, 16 janvier 1889 (*Journ. du dr. int. pr.*, 1900, p. 148).

Cette thèse s'appuie sur un double argument. On prétend que la règle *Locus regit actum*, qui permet la célébration suivant les formes locales, est étrangère aux actes de mauvaise foi, et ne saurait être invoquée par le Français qui a voulu se soustraire aux formalités requises par sa loi nationale. On soutient encore que de la combinaison de l'art. 193 du Code civil, avec les articles 165, 191 et 192, il résulte que les tribunaux sont souverains appréciateurs de la clandestinité du mariage. Et, comme l'art. 170 a pour objet de rendre publique l'union que les Français se proposent de contracter à l'étranger, les juges peuvent annuler le mariage lorsque l'infraction frauduleuse apparaît nettement. Nous trouvons cette idée dans le jugement du tribunal de la Seine du 16 janvier 1899 (1) : « attendu que ces omissions (publications et transcription), jointes au fait du mariage célébré à l'étranger, ont eu pour but de faire échec aux dispositions des lois françaises, qu'elles ont été volontaires et calculées pour enlever au père et à la mère de famille le moyen de connaître l'union projetée et d'y former opposition ; que le mariage est ainsi entaché de clandestinité ; par ces motifs, prononce la nullité du mariage. »

Pourtant le seul fait du défaut d'après ce système ne rend pas annulable de mariage. Ainsi le même

(1) *Journal du dr. int. pr.*, 1900, p. 148 (précité).

tribunal, par un jugement du 30 décembre 1899 (1), valide un mariage qui n'a été publié régulièrement en France, car les époux n'ont pas eu l'intention *formelle* de cacher leur mariage. De même, le tribunal de Saint-Malo, dans son jugement du 26 avril 1879, constatant que si les publications n'ont pas été faites en France « ce n'a été ni pour violer la loi, ni pour éviter la publicité, mais pour ce double motif, que le curé de saint Pierre-Port (île de Guernesey) pouvait procéder au mariage sans publications en France, et que cette formalité, jugée par lui inutile, parut, en outre, trop coûteuse à Lebon, qui n'était pas riche », se refuse à annuler le mariage (2). Et le Tribunal de Bayonne, le 7 janvier 1902, valide un mariage contracté dans l'île de Jersey, sans publications, car : «... rien n'établit que ce soit au blâme encouru en s'alliant avec la demoiselle Vilette, ou à l'opposition exprimée par son père, que L. Goa ait entendu se soustraire en se rendant à Saint-Héliér (Jersey), où la loi du pays n'exige ni publications ni consentement des parents, ni longues formalités... (3). »

La nullité serait donc *facultative*, et, comme telle, couverte par le consentement ou la ratification pos-

(1) *Ibid.*, 1900, p. 352. V. aussi Trib. civ. Seine (*Ibid.*, 1901, p. 152) ; Bayonne, 7 janvier 1902, *Ibid.*, p. 1051).

(2) *Journal du dr. int. privé*, 1882, p. 206.

(3) *Ibid.*, 1902, p. 1051 (précité).

térieure, même tacite, donné au mariage par les ascendants (1) (dans les termes de l'art 183 du Code civil), par la cohabitation des conjoints, par leur possession d'état d'époux légitimes (art. 196 du C. civ.), par la survenance d'un enfant commun, et surtout par le long temps écoulé sans contestation de la part des intéressés (2).

§ III. — *Troisième système : amende.*

Aucun des deux systèmes qui viennent d'être exposés n'applique véritablement l'article 170. Ce système de la jurisprudence est, comme le dit fort bien M. Paul Pic (3), « empreint d'un vague qui en révèle facilement l'origine (jurisprudentielle) » ; de plus, il n'a aucune base dans la loi. Le premier système est aujourd'hui complètement abandonné.

Nous avons déjà montré que l'argument tiré de la *fremis legis*, pour empêcher l'application de la règle *Locus regit actum*, est de nulle valeur (4). D'autre part, l'argument tiré du défaut de publicité est encore moins solide. « Les articles 191 et 193, écrit

(1) Cass., 8 mars 1875 (Sir. 75.1.171) ; — 15 juin 1887 (D. P. 88.1.412) ; Trib. Loudéac, 23 novembre 1900 (*Journal du dr. int. pr.*, 1902, p. 612).

(2) V. la jurisprudence exposée par M. Weiss, t. III, p. 467, notes 1 et 2.

(3) Paul Pic, *op. cit.*, p. 80.

(4) Laurent, *Principes de droit civil*, t. III, n° 34.

très justement Laurent, concernent l'un et l'autre la *célébration publique* du mariage ; il faut, dans le système de la jurisprudence, les étendre au défaut de publications, en comprenant les publications parmi les formalités qui constituent la publicité. C'est étendre le texte, et en l'étendant, on aboutit à une différence entre le défaut de publications pour les mariages célébrés en France et le même défaut pour les mariages contractés à l'étranger... Quand un mariage contracté en France est clandestin, il est annulé par cela seul qu'il n'a pas été célébré publiquement. Quand un mariage a été célébré à l'étranger, le seul défaut de publications et, par suite, de publicité, ne suffit point : la jurisprudence exige la fraude, les différences se justifient au point de vue des principes, mais où sont les textes qui les consacrent ? »

Nous voyons en lisant l'art. 170 qu'il ne prononce pas expressément la nullité du mariage : or, les nullités, surtout en matière de mariage, sont de droit strict, et « avant de créer un cas de nullité qui ne résulte pas formellement d'un texte, il convient de rechercher tout d'abord si ce texte ne comporte pas une autre interprétation (1) ». « Les mots *pourvu que*, insérés dans l'art. 170, ne peuvent avoir la signification qu'on leur prête. Ils gouvernent deux pro-

(1) Paul Pic, *op. et loc. cit.*

positions : « *pourvu qu'il* (le mariage) ait été « précédé  
« des publications prescrites par l'art. 63, au titre  
« *Des actes de l'état civil, et que le Français n'ait point*  
« *contrevenu aux dispositions contenues au chapitre*  
« *précédent.* » Or, au nombre des *dispositions contenues*  
*au chapitre précédent* du Code, figure notamment celle  
qui a trait à la signification d'acte respectueux aux  
personnes ayant qualité pour consentir au mariage.  
Et presque personne ne songe à prétendre que l'ab-  
sence d'actes respectueux puisse être, pour le ma-  
riage contracté à l'étranger, une cause de nullité (1) !

Du reste, comment établit-on la nullité d'après le  
système de la jurisprudence ? Par un argument  
*a contrario*. Or, les arguments n'ont de valeur que  
s'ils nous ramènent au droit commun. « En l'espèce,  
le droit commun, c'est la règle *Locus regit actum*  
inscrite en tête de l'article ; d'où cette conclusion  
logique, qu'il n'y a d'autres nullités de forme que  
celles reconnues par la loi étrangère (2). » D'autre  
part, la nécessité des publications exigées par l'art. 170  
constitue une dérogation à la règle *Locus regit actum*,  
rappelée expressément au début de cet article, et les  
dérogations ne peuvent être étendues arbitrairement.  
Ce qui paraît ressortir et de notre texte et des dis-  
cussions que sa rédaction a soulevées, c'est que

(1) Weiss., *op. cit.*, t. III, p. 468.

(2) Paul Pic, *op. cit.*, p. 81.



notre législateur a voulu conserver autant que possible, au Français qui contracte mariage à l'étranger, la situation qui lui serait faite si son mariage était célébré en France (1). »

Pourquoi ne pas admettre la même sanction dans les deux cas, la sanction qui punit d'une amende l'officier de l'état civil et les parties ? Bien entendu, dans le second cas, il est matériellement impossible d'appliquer une amende à l'officier de l'état civil étranger.

Ce qui montre encore l'incertitude ou l'inconséquence de la doctrine de la jurisprudence, c'est que la nullité a un caractère purement relatif ; les tribunaux réservent l'action en nullité aux ascendants dont le consentement ou le conseil est requis, ainsi qu'au conjoint qui devait obtenir ce consentement ou ce conseil. Or, si le mariage doit être annulé comme entaché de clandestinité ou de fraude, toute personne intéressée a le droit de se prévaloir de cette nullité, donc les simples collatéraux, ainsi que les personnes étrangères à la famille (C. civ., art. 191) (2).

Si l'on veut examiner de plus près ce que le système de la jurisprudence a d'arbitraire, on n'a qu'à étudier les fins de non-recevoir que les tribunaux

(1) Weiss, *op. cit.* t. III, p. 468 et 469.

(2) Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, p. 33 ; Weiss, *op. et loc. cit.* ; Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édit., p. 398, n<sup>o</sup> 385.

permettent en cas d'action en nullité suivant l'article 170.

L'action en nullité, dit la jurisprudence, peut être repoussée, lorsqu'il y a possession d'état d'époux légitimes. Sur quel texte se base-t-on pour repousser l'action en nullité? Sur l'article 196 : « Lorsqu'il y a possession d'état et que l'acte du mariage est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de l'acte. » Seulement, dans cet article, il s'agit de l'irrégularité de l'acte écrit (*instrumentum*) dressé par l'officier de l'état civil, et non de la célébration elle-même (*negotium*) (1). Mais, même si on admettait, conformément à la jurisprudence, que la possession d'état couvre aussi le vice de forme qui se trouve dans la célébration elle-même, soit la *clandestinité*, l'article 196 demeure inapplicable dans notre hypothèse car, d'après le texte, l'action n'appartient qu'aux époux seuls.

Il y a une fin de non-recevoir plus étrange encore ; c'est celle qu'on attache à la ratification ultérieure, même tacite, des ascendants. Or, la clandestinité est une nullité absolue qui ne peut être couverte.

La vérité est que la jurisprudence, en dehors de tout texte, a voulu créer une nullité d'une nature spéciale : « On l'a dissimulée sous le nom d'une nullité consacrée par le texte, mais c'est bien une

(1) Planiol, *op. cit.*, t. III, 2<sup>e</sup> édit., p. 429, n° 390.

nullité à part, une sorte de *clandestinité au regard de la famille* (1). »

Nous croyons donc que la sanction de l'article 170 consistedansune amende et que la validité du mariage n'est nullement affectée (2).

Suivant M. Paul Pic, l'amende de l'article 192, ne pourra être infligée aux parties que lorsque la loi du pays où elles se sont mariées prescrit aux étrangers comme aux nationaux, sous sanction pénale, des publications au lieu du domicile ; car l'article 5, § 2, du Code d'instruction criminelle, n'autorise la poursuite en France des Français que si le délit « est puni par la législation où il a été commis » (3). MM. Weiss (4) et Despagnet (5) jugent, avec raison, que l'amende doit être appliquée aux parties en *tout cas*, car c'est en France « que les publications devaient être effectuées, et qu'elles ne l'ont pas été ; c'est donc en France que l'infraction a eu lieu » (6).

(1) Paul Pic, *op. cit.*, p. 88.

(2) Fiore, *op. cit.* (trad. Pradier-Fodéré), p. 194 et s.; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 467 et s.; Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édit., p. 397, n° 383 ; Paul Pic, *op. cit.*, p. 80 et suiv.

(3) Paul Pic, *op. cit.*, p. 81 et note.

(4) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 470.

(5) Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édit., p. 397, n° 383 *in fine*.

(6) Les jurisprudences hollandaise et belge (celle-ci malgré le texte de la loi de 1882) ont adopté des solutions analogues à celles admises par la jurisprudence française (v. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 464 en note). — En Italie (v. art. 100, C. civ. ital.) et en Roumanie (art. 152, C. civ. roum.), l'opinion contraire a triomphé.

### III

La seconde exception au principe de la *Locus regit actum* est prévue par le Code civil à l'article 171 : « Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire du royaume [de la République], dit cet article, l'acte de célébration contracté en pays étranger sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile. »

Bien entendu cet article ne vise que le cas du Français qui se serait marié selon les formes locales, car si le mariage a été célébré devant un consul français, c'est au consul lui-même qu'incombe le soin de faire parvenir en France la preuve du mariage (1).

Quelle est la sanction du défaut de transcription ? Sans doute la loi ne prononce pas la nullité du mariage, mais comme cette disposition a un caractère impératif, les auteurs et les tribunaux ont cherché une sanction.

#### § I. — *Premier système.*

Certains auteurs ont prétendu que le mariage non transcrit, quoique valable, n'est pas opposable aux tiers. Ils invoquent à l'appui de cette opinion l'ar-

(1) Art. 48 du Code civil, modifié par la loi du 8 juin 1893.

ticle 194 du Code civil qui dispose que « nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration *inscrit* sur le registre de l'état civil ». Suivant Delvincourt (1) « le mariage n'étant pas légalement connu en France, n'aurait aucun effet civil à l'égard des Français ou des biens situés en France ; qu'en conséquence, les enfants de ce mariage n'hériteraient pas desdits biens au préjudice des autres parents français ; qu'il ne pourrait servir de motif pour faire annuler un second mariage contracté en France avant sa dissolution... ; qu'il n'a d'effet que du jour de la transcription et ne peut préjudicier aux actes faits, ni aux droits ouverts auparavant. » D'où impossibilité pour la femme d'invoquer son hypothèse légale ou faire annuler les actes passés par elle sans l'autorisation de son mari ou de la justice (2).

## § II. — *Deuxième système.*

D'autres ont jugé que, seulement lorsque le défaut de transcription constitue, de la part des époux, une faute dommageable, — c'est-à-dire lorsque le mariage n'a reçu en France aucune publi-

(1) Delvincourt, t. I, p. 68.

(2) Duranton, t. II. n° 240 ; Duvergier sur *Toullier*, t. I, n° 580, note 1 ; Cass. req., 6 janvier 1824 (D. *suppl.*, v° *Privilèges et hypothèques*, n° 865) ; Besançon, 4 janv. 1888 (D. P. 1889.2.69).

cité, — le mariage non transcrit ne peut être opposé aux tiers. On distingue donc entre « les effets civils que le mariage ne produit qu'à raison de la publicité, dont la loi le suppose entouré, et les effets civils qui sont moins [le résultat de la publicité du mariage que du mariage lui-même » (1). Les premiers (hypothèque légale de la femme mariée, nécessité de l'autorisation du mari ou de la justice) ne pourront être invoqués que du jour de la transcription. Les seconds (succession, second mariage), produiront leur effet malgré le défaut de transcription.

§ III. — *Troisième système.*

Même mitigée, l'opinion de Delvincourt pêche par la base. Pour attribuer une sanction, le deuxième système admet, d'une part, que la transcription exigée par l'art. 171 est requise dans l'intérêt des tiers; d'autre part, que son absence constitue la femme fautive (2).

« En imposant au Français, de retour dans sa patrie, l'obligation [de faire transcrire le mariage qu'il a contracté en pays étranger, la loi ne s'est pas

(1) Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 315 et 316; Bordeaux, 14 mars 1850 (D. P., 1853.2.178).

(2) Mourlon, dans la *Revue de droit français et étranger*, 1844, t. I, p. 885 et suiv.

préoccupée de la nécessité d'en informer les tiers (1). » Tant que le Français demeure à l'étranger, il n'est pas tenu de faire transcrire son mariage, et, lorsqu'il est de retour, il a un délai de trois mois. Pendant tout ce temps le mariage est opposable aux tiers, car ils sont censés le connaître; pourquoi, après l'expiration du délai de trois mois, le mariage leur devient-il inconnu (2)?

D'autre part, remarquons que le Français, même lorsqu'il ne revient en France qu'après la dissolution de son mariage, est obligé de le transcrire; or, comment la transcription servirait-elle à ce moment de le rendre public (3)? Observons encore que la femme ne peut pas transcrire un mariage formé *solo consensu* pourtant ce mariage est opposable et la femme n'est nullement fautive.

Nous pensons donc que l'art. 171 n'a en vue que l'intérêt des époux eux-mêmes et de leur famille, et qu'il se propose de faciliter en France la preuve du mariage (4). Le texte s'explique encore en étudiant

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 474.

(2) Demolombe, t. III, n° 229, p. 360; Weiss, *loc. cit.*; Paul Pic, *op. cit.*, p. 92.

(3) Weiss, *op. cit.*, t. III p. 475; Paris, 25 juin 1884 (*Journ. de dr. int. pr.*, 1884, p. 627).

(4) Fœlix et Demangeat, *op. cit.*, t. II, p. 382 et note 6; Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, *Princ. du dr. civ.*, t. III, n° 38; Brocher, *op. cit.*, t. I, p. 285; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 476; Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édit., p. 400, n° 388; Audinet, *op. cit.*, p. 396; Paul Pic, *op. cit.*, p. 92 et 93; Albéric Rolin, *op. cit.*, t. II, p. 62. —



les travaux préparatoires. Le premier projet du Code disposait ainsi : « Trois mois après le retour du Français dans le territoire de la République, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger doit être *enregistré*, à peine du double droit à défaut d'enregistrement. — Cet acte doit être encore, dans le même délai, reporté et *transcrit* sur le registre public des mariages du lieu de son domicile, sous peine, à défaut de ce report, d'une *amende* proportionnée aux facultés des époux, laquelle ne peut être moindre de 100 francs ni excéder 1.000 francs. » L'une de ces deux dispositions est devenue l'art. 171, l'autre, par suite d'un malentendu n'a pas été reproduite dans le Code. Au Conseil d'Etat, M. Réal affirmait inexactement que : « cette disposition pénale n'appartenait pas au Code civil et que sa place naturelle était dans les lois sur l'enregistrement où, déjà elle se trouvait (1). »

La disposition du Code français se trouve dans d'autres Codes étrangers. La transcription est exigée

V. aussi la jurisprudence citée par M. Weiss, *eod. loc.* — V. également Paris, 25 juin 1884 (*Journal du dr. int. pr.*, 1884, p. 627) ; Trib. Seine, 17 juin 1880 (*eod. loc.*, 1880, p. 273 s.), — 21 juin 1883 (*eod. loc.*, 1884, p. 67) ; — 12 juillet 1888 (*eod. loc.*, 1889, p. 641) ; Trib. Narbonne, 10 nov. 1891 (*eod. loc.*, 1892, p. 457).

(1) Mourlon, *loc. cit.*, p. 889 ; Demangeat, *sur Félix*, t. II, p. 382, note b ; Paul Pic, *op. cit.*, p. 92 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 477. Cf. Cass., 11 juillet 1885 (D. P. 1856.1.9).

sous peine d'amende en Italie (1), au Brésil (2); sous peine de suspension des effets civils au Mexique (3) et au Pérou (4); enfin au Haïti, on refuse tout effet au mariage non transcrit et on prononce une amende si la transcription n'est pas faite dans le délai prescrit (5).

C'est donc la règle *Locus regit actum* qui détermine les formalités du mariage contracté par un français en pays étranger, sauf les dérogations des articles 170 et 171 du Code civil, qui du reste n'affectent pas la validité du mariage. Nous avons déjà dit que la règle *Locus regit actum* est purement facultative, et que le Français, lorsqu'il ne pourra ou ne voudra recourir aux formes locales, a la facilité de se marier selon les formes édictées par la loi française devant les consuls ou agents diplomatiques de France à l'étranger (v. au titre III de ce chapitre). Ce caractère facultatif de la règle *Locus regit actum* apparaît très nettement au cas spécial où les militaires, marins ou personnes attachées à un corps expéditionnaire français, devraient de se marier sur le territoire étranger.

(1) V. Esperson dans le *Journal du droit in. pr.*, 1882, p. 454.

(2) Loi du 24 janvier 1890. *Annuaire de législation étrangère*, 1891, p. 924, notice du vicomte d'Ourem.

(3) *Annuaire de législation étrangère*, 1875, p. 309.

(4) R. de la Grasserie, *Code civil péruvien*, p. 88.

(5) L. Boujol, *op. cit.*, p. 159.

IV

Le chapitre V, du titre *Des actes de l'état civil*, contient des règles spéciales concernant « les militaires, les marins de l'Etat et les personnes employées à la suite des armées... hors la France et dans les circonstances prévues au présent paragraphe... » (art. 93, modifié par la loi du 8 juin 1893). Suivant le Premier Consul, le soldat qui sert son pays hors de France n'est jamais sur un territoire étranger ; il importe avec lui — disait-il — le sol de la patrie. *Là ou est le drapeau, là est la France*. Le Code civil de 1804 considérait donc le territoire étranger occupé par les troupes françaises comme devenu une terre française, et les soldats et marins perdaient le bénéfice de l'article 47 du Code civil. Quoique plusieurs auteurs avaient rigoureusement déduit cette règle (1), la jurisprudence, dès les premiers temps, laissait aux militaires le choix entre le droit commun des articles 47 et 48 et le régime exceptionnel du chapitre V ; car, disait-on, le régime exceptionnel est une faveur, un privilège pour nos soldats (2). Depuis la loi du 8 juin 1893, aucun doute n'est possible à ce sujet. En

(1) Merlin, *Répertoire*, v<sup>o</sup> *Actes de l'état civil*, § 2 ; *Questions de droit*, v<sup>o</sup> *Mariage*, § 7 ; Mourlon, t. I, p. 174.

(2) Paris, 8 juill. 1820 (Sir., 20.2.307) ; Colmar, 25 janv. 1823, (Sir., 24.2.155) ; Cass., 23 août 1826 (Sir., 27.1.108). Cf. Demolombe, t. I, p. 492 et s.

effet, l'art. 93 dispose que : « les actes de l'état civil concernant les militaires, les marins de l'Etat et les personnes employées à la suite des armées seront établis comme il est dit aux chapitres précédents (*c'est-à-dire dans les formes prévues par les art. 47 et 48*). Toutefois, hors la France, ils pourront également être reçus par les autorités ci-après indiquées ». — On voit donc que les autorités militaires et maritimes françaises hors de France ont la même compétence que les agents diplomatiques et les consuls français, une compétence nullement exclusive de la *Locus regit actum*.

Les fonctions d'officier de l'état civil sont remplies : « 1° dans les formations de guerre mobilisées, par le trésorier ou l'officier qui en remplit les fonctions, quand l'organisation comporte cet emploi, et, dans le cas contraire, par l'officier commandant ; — 2° dans les quartiers généraux ou états-majors, par les fonctionnaires de l'intendance ou, à défaut, par les officiers désignés pour les suppléer ; — 3° pour les personnes non militaires, employées à la suite des armées, par le prévôt ou l'officier qui en remplit les fonctions ; — 4° dans les formations ou établissements sanitaires dépendant des armées, par les officiers d'administration gestionnaires de ces établissements ; — 5° dans les hôpitaux maritimes et coloniaux, sédentaires ou ambulants, par le médecin directeur ou son suppléant ; — 6° dans les colonies et les pays de

protectorat et lors des expéditions d'outre-mer, par les officiers du commissariat ou les fonctionnaires de l'intendance, ou, à leur défaut, par les chefs d'expédition, de poste ou de détachement. — En France, les actes de l'état civil pourront être également reçus, en cas de mobilisation ou de siège, par les officiers énumérés aux cinq premiers numéros du paragraphe précédent. La compétence de ces officiers s'étendra, s'il est nécessaire, aux personnes non militaires qui se trouveront dans les forts et places fortes assiégées. » (C. civ., art. 93, modifié par les lois du 8 juin 1893 et du 17 mai 1900).

Le mariage sera célébré par ces divers officiers en présence de *deux* témoins (*ibid*).

« Dans tous les cas prévus à l'article précédent, l'officier qui aura reçu un acte en transmettra, dès que la communication sera possible et dans le plus bref délai, une expédition au ministre de la Guerre ou de la Marine, qui en assurera la transcription sur les registres de l'état civil du dernier domicile... du mari (pour les mariages) » (Art. 94 du Code, modif. l. 1893).

« Lorsqu'un mariage sera célébré dans l'une des circonstances prévues à l'article 93, les publications seront faites au lieu du dernier domicile du futur époux ; elles seront mises, en outre, vingt-cinq jours avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps, pour les individus qui tiennent à un corps,

et à celui de l'armée ou du corps d'armée, pour les officiers sans troupes et pour les employés qui en font partie » (art. 97 du Code, modif. l. 1893) (1).

**SECTION II. — Deuxième hypothèse : Deux étrangers de même nationalité se marient en France.**

Les étrangers qui veulent se marier en France peuvent, si leur législation personnelle leur permet (2), recourir au ministère de l'état civil français, en se soumettant, conformément à la *Locus regit actum*, aux formalités établies par la loi française.

De plus, conséquents avec l'opinion développée quant au caractère facultatif de la *Locus regit actum*, nous reconnaissons aux étrangers le droit de se marier *selon les formes établies par leur législation commune*. Cette opinion est loin d'être admise par tout le monde. Nous avons cité plus haut les opinions : *pour* de MM. Weiss (3) et Arsène Laurent (4), et *contre* de Laurent (5) et de M. Paul Pic (6); nous ne revien-

(1) Décret du 16 juin 1808.

(2) V. ci-dessus, p. 374 et suiv.

(3) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 107.

(4) Arsène Laurent, *op. cit.*, p. 13 et suiv.

(5) Laurent, *Droit civil international* t. IV, n° 234.

(6) Paul Pic, *op. cit.*, p. 57.

drons plus là-dessus, mais nous tirerons toutes les conclusions résultant de ce principe.

Ainsi rien ne s'oppose à ce que deux citoyens américains, domiciliés aux Etats-Unis, ou que deux Ecos-sais se marient en France *solo consensu* (1). Il serait tout aussi naturel de permettre un mariage purement religieux de deux Espagnols ou de deux Russes devant un ministre de leur culte et suivant leur loi nationale. Cependant, presque tous les auteurs s'opposent à l'intervention du prêtre, pasteur ou rabbin étranger en tant qu'officier de l'état civil de leurs fidèles et conationaux, au nom de l'ordre public. « La Révolution, dit M. Paul Pic, en effet, en inscrivant dans la constitution de 1791 le principe du mariage civil, en a fait une règle de droit public, que le Code civil a consacrée, et que nos lois pénales sanctionnent en frappant d'une peine correctionnelle le prêtre qui célébrerait le mariage religieux des personnes non encore mariées civilement (2) ».

(1) Brocher, *op. cit.*, t. I, p. 144; Fiore, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1886, p. 301; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 485 et 486. En sens contraire, Albéric Rolin, *op. cit.*, t. II, p. 83 et s.; Paul Pic, *op. cit.*, p. 97.

(2) Paul Pic, *op. et loc. cit.* Cf. Laurent, *Droit civil international*, t. IV, p. 453; Olivi, dans la *Revue de droit international*, 1883 p. 235 et suiv.; Fiore, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1886, p. 302; Despagnet, *op. cit.*, 7<sup>e</sup> édit., n<sup>o</sup> 390, p. 402; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 486; Paul Pic, *op. cit.*, p. 96 et 97; Albéric Rolin, *op. cit.*, t. II, p. 83.



Et le garde des sceaux, dans sa lettre du 11 mai 1892 (1) au procureur de la République près du Tribunal de la Seine, précise ce point: « Les pénalités édictées par les articles 199 et 200, écrit-il, ne sont pas inspirées uniquement de l'intérêt des parties. Elles ont eu aussi pour but d'assurer toute sa sanction à la règle de la sécularisation des mariages. Elles sont donc essentiellement d'ordre public, et, à ce titre, aux termes de l'article 3 du Code civil, elles obligent tous ceux qui habitent le territoire. »

Donc, deux sortes de difficultés s'opposent à la possibilité pour un ministre du culte de célébrer un mariage purement religieux entre deux Russes, Serbes ou Grecs, suivant leur législation personnelle: 1° sécularisation du mariage en France; — 2° prohibition personnelle contenue dans des articles organiques et sanctionnée par les articles 199 et 200 du Code pénal.

M. Arsène Laurent, dans une brochure citée plus haut (2), s'attaque à cette théorie et démontre brillamment la portée réelle des articles 199 et 200 du Code pénal. Cet auteur relève le fait que les tribunaux français reconnaissent comme valable un mariage entre Français, célébré à l'étranger, dans la forme

(1) *Journal du dr. int. pr.*, 1892, p. 4242.

(2) *De la validité du mariage canonique contracté en France entre deux étrangers dont la loi nationale reconnaît le mariage*, Paris, Larose, 1895.

purement religieuse, même lorsque la loi du pays de célébration permet de choisir entre le mariage civil et le mariage religieux, et que ce mariage religieux n'est pas considéré comme contraire à l'ordre public (1). Mais objecte-t-on dans cette hypothèse, nous nous trouvons en face d'une application de la règle *Locus regit actum*. Le mariage religieux, sans mariage civil antérieur, est contraire à l'ordre public, lorsqu'il est célébré en France. Mais quand ce mariage est célébré à l'étranger, il peut produire tous ses effets en France, sans aucune difficulté. Ou, pour mieux préciser, ce qui est contraire à l'ordre *public international*, ce n'est pas le mariage religieux en lui-même, mais la *célébration* d'un tel mariage dans un pays de législation purement laïque. « Le seul obstacle à la validité du mariage purement religieux célébré en France, entre Espagnols par exemple, serait donc celui de la prohibition écrite dans la loi organique du concordat (loi du 16 germinal an X, art. 54) et dans le Code pénal (art. 199 et 200) » (2). Mais de ce que le ministre du culte célébrant sera puni, doit-on conclure que le mariage n'est pas valide ? Car, remarquons bien, le Code pénal ne frappe que le ministre du culte seul ; les deux époux ne pouvant être poursuivis ni comme auteurs principaux, ni comme complices du prétendu crime ou délit, qui consisterait

(2) Arsène Laurent, *op. cit.*, p. 43.

(1) *Ibid.*, p. 46.

dans la célébration d'un mariage religieux antérieur au mariage civil. « Il y a là, remarque très judicieusement M. Arsène Laurent, un point de vue important de la question. Cet acte en lui-même n'est pas considéré comme un délit, n'est pas contraire à l'ordre social, comme le prétendent à tort Fiore (1) et beaucoup d'auteurs modernes (2) ». Et le même auteur se demande « pourquoi donc une peine frappe-t-elle le ministre du culte *et le frappe-t-elle seul* » ?

Nous trouvons l'explication des articles 199 et 200 en lisant les paroles du conseiller d'Etat Berlier, présentant le projet du Code pénal : « Les ministres du culte qui procèdent aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il leur ait été justifié de l'acte de mariage, — disait-il, — compromettent évidemment l'état civil des gens simples, d'autant plus disposés à confondre la bénédiction nuptiale avec l'acte constitutif du mariage, que le droit d'imprimer au mariage le sceau de la loi était naguère dans les mains de ces ministres. — Il importe, sans doute, qu'une si funeste méprise ne se perpétue point, et ce motif est assez puissant pour punir d'une amende les ministres du culte qui procèdent aux cérémonies religieuses d'un mariage sans justification préalable de l'acte qui le constitue régulièrement. Cette peine,

(1) Fiore, *loc. cit.*

(2) Arsène Laurent, *op. et loc. cit.*

légère d'abord, s'aggravera en cas de récidive (1). »

Donc, le ministre du culte, en célébrant un mariage avant la célébration civile, expose les gens simples, qui ne connaîtraient pas le changement de législation, à compromettre leur état civil. « L'acte en lui-même n'a rien de contraire à l'ordre public, voilà pourquoi les époux qui y participent si directement ne sont frappés d'aucune peine ; mais cet acte constitue une imprudence coupable de la part du ministre du culte, qui, peu instruit, doit avertir les époux que le mariage d'un *Français* ne peut légalement avoir lieu que devant l'officier de l'état civil ; voilà pourquoi ce ministre du culte est puni d'une amende, peine d'abord très faible, comme il convient à une simple imprudence et à un acte parfaitement moral (2). »

Mais, dit-on, les articles 199 et 200 du Code pénal prononcent des peines, et doivent par conséquent comme loi de police (C. civ., art. 3, § 1), obliger tous ceux qui habitent le territoire français, nationaux ou étrangers. Cependant il y a bien des hypothèses où « le législateur, ayant posé un empêchement prohibitif, fait défense à l'officier de l'état civil de

(1) Exposé des motifs du Code pénal (Loché, t. XXX, p. 250). V. aussi paroles de M. de Noailles lors de la discussion des art. 199 et 200 (Loché, t. XXX, p. 292), et discours du tribun Siméon lors de la discussion du Code civil (Loché, t. III, p. 202).

(2) Arsène Laurent, *op. cit.*, p. 48.

passer outre à la célébration du mariage. Dans ce cas, le législateur accompagne sa prohibition de peines plus ou moins sévères soit à l'encontre de l'officier public, soit à l'encontre des époux. C'est ainsi qu'en cas d'opposition, l'officier de l'état civil ne pourra célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la mainlevée sous peine de 300 francs d'amende (art. 68 du Code civil) » (1). L'art. 157 du Code civil prévoit également 300 francs d'amende et une peine d'emprisonnement qui ne pourra être moindre d'un mois. L'art. 192 prévoit aussi une amende de 300 francs. On ne pourra donc pas annuler le mariage de deux Russes orthodoxes, célébré devant un pope de leur confession, car ce mariage est valable selon la loi russe.

Sans doute, disent les adversaires, mais il a un empêchement dirimant : c'est l'incompétence absolue de celui devant qui le mariage est célébré. En France, « un mariage célébré devant un prêtre seulement *n'existe pas* aux yeux de la loi française en tant que mariage, il n'existe que comme délit correctionnel (2) ».

Ici on fait l'éternelle confusion entre les dispositions d'ordre public interne, et celles d'ordre public international. « Il y a, dit M. Weiss, deux ordres

(1) Arsène Laurent, *op. cit.*, p. 50.

(2) Paul Pic, *op. cit.*, p. 97.

publics : l'un, qui limite par ses exigences l'activité juridique des nationaux ; l'autre, qui étend son action sur les étrangers eux-mêmes et met obstacle à l'application de leurs lois personnelles, et tout ce qu'elles lui ont de contraire. Or, les règles établies par la loi locale, en vue de constater la célébration des mariages, de donner au consentement de ceux qui le contractent toute la certitude et toute la solennité désirables, sont inspirées par l'intérêt des nationaux, par l'intérêt des familles nationales qui se confond, à certains égards, avec l'intérêt de l'Etat lui-même ; ce sont des règles d'ordre public interne ; mais ce ne sont pas en général des règles d'ordre public international ; car l'Etat n'a pas à se préoccuper, en dehors des cas où les bonnes mœurs seraient en péril, de la constitution plus ou moins parfaite des familles étrangers ; il n'a aucune raison pour se substituer à leurs lois nationales, pour rendre plus facile que ces lois ne l'ont fait, la preuve d'unions qui resteront exclusivement soumises, dans leurs conditions intrinsèques et dans leurs effets, aux prescriptions d'un législateur étranger (1). » Donc, l'incompétence du ministre du culte est une incompétence d'ordre public interne, qui ne pourrait être opposée à l'étranger que dans l'hypothèse où l'étranger aurait voulu se marier dans les formes de la loi française en invo-

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 485.

quant le bénéfice de la règle *Locus regit actum*.

Mais nous avons en vue uniquement le cas où des étrangers veulent se marier dans les formes établies par leur loi nationale, lorsque l'observation de cette loi est possible. « Or, dans le cas d'un mariage dans la forme étrangère, ce n'est pas la loi française qui donne à un officier public quelconque compétence pour présider à cette célébration, c'est la loi étrangère. C'est ainsi que la loi française n'attribue aucune compétence au consul belge pour marier en France deux personnes de nationalité belge. Néanmoins, les principes de droit international admis en France déclarent ce mariage valable partout, aussi bien en France qu'en Belgique (1). » Pourquoi deux Russes ne pourraient-ils se marier valablement en France, devant un prêtre orthodoxe, car la loi russe attribue compétence à ce prêtre, comme la loi belge attribue compétence aux agents diplomatiques et consulaires belges ?

Cependant M. Fiore prétend trouver une double différence. La première résulterait de ce que le consul en recevant l'*exequatur* recevrait en quelque sorte compétence pour l'état civil, lorsque, bien entendu, sa loi nationale lui confie les fonctions d'officier de l'état civil. La seconde résulterait de ce que, en ce qui concerne les consuls, c'est toujours en vertu de

(1) Arsène Laurent, *op. cit.*, p. 51 et 52.



la loi civile que le mariage est célébré, tandis que le mariage célébré par un ministre du culte l'est en vertu d'une loi religieuse qui ne peut avoir aucune force légale dans un pays comme la France où les deux lois sont absolument distinctes. Donc, « le mariage célébré uniquement devant l'autorité ecclésiastique doit être considéré comme juridiquement *inexistant* en ce qui concerne tous les effets civils de cet acte (1) ».

M. Arsène Laurent répond quant à la première objection, qu' « on ne saurait toutefois prétendre que c'est cet *exequatur* qui attribue compétence au consul étranger pour célébrer les mariages. La compétence, ce consul la tient de sa loi nationale, et non pas du gouvernement français, qui d'ailleurs n'a aucun pouvoir pour donner ainsi compétence au consul étranger. L'institution de l'*exequatur* a d'autres bases ; elle a été nécessitée par ce fait que le consul est un représentant des intérêts de son pays, qu'à ce titre il a des droits nombreux, il jouit de privilèges particuliers. Exerçant ainsi une autorité en France, on aurait pu voir dans cet exercice une atteinte à la souveraineté du pays dans lequel le consul exerce ses fonctions, si le gouvernement de ce pays n'octroyait en quelque sorte la permission de le faire. D'autre part, il faut que ce personnage

(1) Fiore, *op. cit.*, (trad. Antoine), 2<sup>e</sup> édit., t. II, p. 30.

soit reconnu officiellement comme le représentant du pays étranger (1) ».

Quant à la seconde objection basée sur la distinction entre la loi civile et la loi religieuse, M. Olivi répond très bien que « la loi religieuse étant reconnue par l'Etat, en matière de mariage, acquiert par là la nature et la physionomie de toute autre loi, même absolument étrangère à la religion ; *la loi religieuse est élevée au nombre des autres lois de l'Etat, elle en forme le droit positif* ; elle est pourvue de tous les moyens d'exécution qui sont propres au droit positif. Cette simple coïncidence que la loi civile est en même temps la loi religieuse n'implique aucune différence substantielle entre cette même loi et une autre qui, en rejetant tout élément religieux, fonderait le mariage sur un simple contrat civil. Ce contrat, qui a pour base nécessaire le consentement des parties, existera dans tous les cas (2) ».

Le mariage de deux étrangers, célébré en France, conformément à leur loi nationale, devant un ministre du culte, est donc parfaitement valable. Cette solution a l'avantage d'avoir été formellement admise par le garde des sceaux de l'époque qui a suivi la confection du Code civil, dans une lettre adressée

(1) Arsène Laurent, *op. cit.*, p. 53 et 54.

(2) Olivi, dans la *Revue de droit international*, 1883, p. 211.

le 16 mai 1810 au pasteur Gœpp : « Les étrangers qui désirent se marier en France ne sont pas tenus de se conformer aux lois françaises ; ils peuvent se marier suivant celles de leurs pays, et en ce cas rien n'empêche le ministre du culte de leur donner la bénédiction nuptiale (1). »

Pourtant la jurisprudence française jusqu'aux derniers temps considérait un tel mariage comme nul et le prêtre célébrant passible d'une amende (2). Depuis les tribunaux français nous semblent revenir à une autre opinion. Cela résulte de quelques affaires jugées dans les derniers temps : affaire de Gunzbourg, affaire Levinçon, affaire Edinson. Dans les trois cas, il s'agissait d'israélites russes. Dans la première affaire, le tribunal de la Seine avait jugé, en 1907, que le mariage des époux Démètre de Gunzbourg, sujets russes, célébré devant un rabbin israélite en France, était valable. Dans la seconde, la question est un peu plus compliquée. La voici : Une demoiselle Heimann, juive française, avait épousé, en juillet 1884, un juif russe, M. Levinçon. Le mariage civil avait été contracté devant l'officier de l'état civil à Paris, le 18, et le mariage religieux

(1) V. aussi Lettre du ministre de la justice du 16 octobre 1815 ; toutes les deux dans Dalloz, *Répertoire*, v<sup>o</sup> *Mariage*, p. 590, note 1.

(2) Paris, 18 décembre 1837 (Sir., 1838.2.113) ; Alger, 28 juin 1887 (D. P., 1889.2.78) ; Trib. correc. Toulouse, 7 mai 1890 (*Journal de dr. int. pr.*, 1891, p. 223).

avait été célébré à la synagogue de la rue de la Victoire, le 19. En 1900, M<sup>me</sup> Levinçon introduisit une instance de divorce et la 4<sup>e</sup> chambre du Tribunal de la Seine ordonna l'enquête par un jugement du 5 mars 1901. M. Levinçon interjeta appel. Il soutint que les sujets russes devaient être jugés d'après les lois russes ; qu'en Russie, les autorités rabbiniques seules avaient autorité pour célébrer les mariages entre juifs et pour en prononcer la dissolution, et que, dès lors, le juge civil français ne pouvait se substituer à la juridiction religieuse. La thèse de M. Levinçon — quoiqu'il s'agissait d'une question de législation et non de juridiction — fut consacrée par l'arrêt du 17 mars 1902 de la Cour de Paris (1), arrêt que la Chambre civile de la Cour de cassation confirma en date du 29 mai 1905. M<sup>me</sup> Levinçon introduisit alors une nouvelle instance devant le Tribunal de la Seine, en séparation de corps cette fois. Elle argumente de cette façon : D'après l'article 19 du Code civil, modifié par la loi du 26 juin 1889, la femme française ne perd plus sa nationalité que si son mariage lui confère *ipso facto* celle du mari. Le 18 juillet 1884, lorsque M<sup>lle</sup> Heimann sortit de la mairie du 9<sup>e</sup> arrondissement, elle n'était pas mariée au point de vue de la Russie ; la cérémonie qui venait d'être célébrée ne lui conférait pas la nationa-

(1) *Gazette des Tribunaux*, 10 avril 1902.

lité russe : elle demeurait Française. Et si, le lendemain, son mariage à la synagogue a eu effet au regard de la Russie, il n'a pu en avoir aucun au regard de la France, qui, elle, ne reconnaît pas les mariages religieux. M<sup>lle</sup> Heimann n'a donc pas plus perdu le 19 juillet sa qualité de française qu'elle ne l'avait perdue le 18, puisqu'une cérémonie inexistante aux yeux de la législation française était impuissante à la lui enlever.

La Cour de Paris, sous la présidence de M. Saint-Aubin, par l'arrêt du 31 décembre 1907, décida autrement, et parmi ses considérants, nous en trouvons un qui intéresse notre matière. « Considérant — disait la Cour — qu'il importe peu que le mariage ait été célébré d'abord devant l'officier de l'état civil français, alors que la Russie ne reconnaît aucun effet au mariage civil, et ensuite à la synagogue bien qu'en France on attribue aucun effet au mariage religieux...

« Que l'accomplissement successif de ces *deux formalités légales*, au lieu de faire obstacle à la naturalisation de la dame Levinçon, ne fait que le confirmer, etc. (1). »

Conclusions : Quoiqu'en France, les Français ne peuvent conclure un mariage valable devant le ministre du culte, un rabbin peut valablement divorcer des époux russes, à plus forte raison célébrer

(1) *Le Journal*, 20 mars 1908.

leur mariage. De plus, un tel mariage constitue une *formalité légale*. Cela ressort plus fortement du tribunal civil de la Seine du 28 novembre 1907 (1) : « Attendu que Benoît Edinson, né à Krislavka (Russie) et de la demoiselle Berthe Roubentzig, née à Minsk (Russie), ont contracté mariage à la mairie du 1<sup>er</sup> arrondissement de Paris, le 20 juin 1899... que, aux termes de la loi russe, le mariage des israélites est exclusivement régi par la loi religieuse et consiste essentiellement dans la consécration de celui-ci par un ministre du culte judaïque qui seul a qualité pour célébrer l'union conjugale de ces coreligionnaires... qu'en soumettant cette union aux formes instituées par la loi française, les époux Edinson n'ont pu se soustraire des conditions de son existence à l'empire de leur statut personnel ; que, par application de ce statut personnel, leur mariage est inexistant... Par ces motifs : Déclare *nul et inexistant* le mariage des époux Edinson inscrit sur les registres de l'état civil de la mairie du 1<sup>er</sup> arrondissement de Paris... »

La jurisprudence belge est fixée dans le sens de la thèse qui soutient l'inexistence d'un tel mariage (2).

(1) *Revue de dr. int. pr. et de dr. pén. int.*, 1908, janvier-février. V. semblable décision concernant des israélites autrichiens (Trib. civ. Seine, 28 avril 1906, *ibid.*, 1906, p. 751).

(2) Cass. Belgique, 19 janvier 1852 (*Pasicrisie*, 1852.1.85) ; Bruxelles, 29 mai 1852 (*Pasicrtsie*, 1852.2.237) ; Gand, 26 juille

Ilen est de même en Suisse(1). En Italie, où il n'existe pas de dispositions analogues aux articles 199 et 200 du Code pénal, la doctrine est divisée (2). En Roumanie — à part deux arrêts — les tribunaux et cours ont toujours reconnu, la validité du mariage religieux célébré dans le pays, entre étrangers, et suivant leur loi nationale (3), et cela malgré les dispositions du Code pénal roumain, analogues à celles des articles 199 et 200 du Code pénal français, et quoique le mariage civil soit obligatoire pour les Roumains (4).

1879 et 12 mai 1880 (*Pasicrisie*, 2.167 et 169). V. aussi Laurent, *op. cit.*, t. IV, p. 450 et suiv.

(1) *Journal du dr. int. pr.*, 1893, p. 267 ; 1896, p. 1133 ; 1898 p. 221.

(2) MM. Olivi dans la *Revue de droit international*, 1883, p. 235 et suiv.) et Fiore (*Droit international privé*, t. II, p. 28 et dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1886, p. 302) soutiennent la nullité. V. cependant Filomusi-Guelfi, note sous un arrêt de Lucques (*Foro, italiana*, 1877, p. 1190).

(3) Cass. Roumanie, 28 janvier 1869 ; — 5 mai 1869 ; — 29 septembre 1872 et 11 février 1885 (*Dreptul*, 1895, p. 328) ; Trib. Bacau, mars 1895 (*Journal du dr. int. pr.*, 1896, p. 916, et traduction du jugement par M. Jean-T. Ghika ; *Dreptul*, 1895, n° 39) ; Cass. Roumanie, 20 février 1901 (*Journal du dr. int. pr.*, 1902, p. 1133). Cf. Stefanescu (conseiller à la Cour de cassation), *Le mariage célébré sur le territoire roumain entre deux sujets étrangers conformément à la loi de leur pays, — c'est-à-dire devant le prêtre de leur culte sans aucune intervention de l'officier de l'état civil, — est-il valable en Roumanie ?* (*Dreptul*, 10 janvier 1899). — V. cependant Cour de Jassy, 22 juin 1895 et Cass. Roumanie (*Journal du dr. int. pr.*, 1896, p. 915) ; Alexandresco, *op. cit.*, p. 80 et Busdu-gan, *op. cit.*, p. 226 et suiv.

(4) Dans le sens de la validité, v. également Savigny, *Traité de*



Avant d'aller plus loin, examinons une autre question. Au point de vue du droit français, tout mariage entre étrangers, célébré suivant les formes établies en France, par la loi française, est valable devant les tribunaux français, lorsque, bien entendu, les parties sont capables selon leur loi nationale. Cependant un mariage entre étrangers, célébré devant l'officier de l'état civil français suivant la règle *Locus regit actum*, ne risque-t-il pas d'être considéré comme inexistant dans le pays d'origine des conjoints, lorsque la législation de ce pays ne reconnaît que le mariage religieux ?

« La nécessité d'une célébration religieuse, nous dit M. Jivoïn Peritch, est, en Serbie, une condition essentielle pour la légalité du mariage. Cette prescription est d'ordre public, de telle sorte que le mariage civil, contracté par deux sujets serbes en dehors du royaume, n'existerait pas au regard des lois serbes, alors même qu'il serait prouvé que les personnes en question se trouveraient, faute d'église à l'endroit où elles se sont mariées, dans l'impossibilité de célébrer leur union dans une autre forme. La règle *Locus regit actum*, qui gouverne le côté extérieur des actes juridiques dans les relations internationales, règle admise aussi par le Code serbe, »

*droit romain*, t. VIII, § 381 ; L. von Bar, *op. cit.*, t. I, p. 472 et suiv. ; Champcommunal, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1896, p. 586.

ne saurait être appliquée ici. La forme du contrat qu'on appelle mariage est, aux yeux de la loi serbe, une condition aussi indispensable à son existence que n'importe quelle condition de fond (1) ». La même opinion est admise en Russie, et ceci ressort de la correspondance échangée entre le ministre des Affaires étrangères de Russie avec le gouvernement allemand après l'introduction du mariage civil obligatoire en Allemagne.

« Quant à notre législation, dit le ministre russe, elle pose en principe que le mariage doit avoir une sanction religieuse dans la conscience des futurs époux. D'après nos lois, le mariage est célébré à l'Eglise; les personnes de toutes les confessions chrétiennes contractent mariage, en Russie, d'après les règles et les rites de leur Eglise. Le mariage des adhérents de tous les cultes tolérés en Russie (sans excepter les israélites, les mahométans et les païens) est considéré comme valable s'il a été célébré d'après les règles et les rites de leur religion. Donc, on ne saurait protester contre le mariage préalable de nos nationaux en Allemagne, la conclusion du seul acte civil ne saurait suffire à nos autorités administratives et judiciaires pour considérer une pareille union comme valable et possédant tous ses effets

(1) Jivoïn Peritch, *De la juridiction compétente en Serbie pour connaître des actions en divorce ou en nullité du mariage formées par des époux étrangers* (*Journal du dr. int. pr.*, 1900, p. 742).

légaux (1). » Le mariage civil, célébré entre deux Russes en France, n'a aucune valeur en Russie, et la seule *forme légale* de leur mariage est celle devant un ministre de leur culte ; c'est ainsi qu'ont jugé, le Tribunal de la Seine, le 28 avril 1906 et le 28 novembre 1907 (2) ; la Cour de Paris, le 17 mars 1902 et le 31 décembre 1907 ; la Cour de Cassation, le 29 mai 1905 (3). Le Sénat de Saint-Pétersbourg, statuant comme Cour de Cassation, établit, par un arrêt du 10 janvier 1889, qu'un Russe ne pourrait être inculpé de bigamie, pour avoir contracté dans son pays une nouvelle union en la forme religieuse, après avoir conclu un mariage civil à l'étranger, parce que le mariage civil n'est pas pour lui une union légale (4). « Aux très justes revendications de la communauté internationale demandant la reconnaissance de la règle *Locus regit actum*, le législateur russe peut toujours opposer les exigences de son ordre public national (5). »

C'est en vue de respecter les convictions et pour ménager les susceptibilités des Etats religieux, que

(1) Mandelstam, *Du mariage et du divorce dans les rapports internationaux au point de vue du Droit russe* (Journal du dr. int. pr., 1902, p. 254).

(2) *Revue de dr. int. pr. et de dr. pén. int.*, 1896, p. 751 et 1898, n° janvier-février (affaire Edinson).

(3) Voir le *Journal* 30 mars 1908 (affaire Levinçon).

(4) Mandelstam, *loc. cit.*, p. 468.

(5) *Ibid.*

la conférence de La Haye rédigea l'article 4 (1) : « Sera reconnu partout comme valable, quant a la forme, le mariage célébré selon la loi du pays où il a eu lieu. — Il est toutefois entendu que les pays dont la législation exige une célébration religieuse, pourront ne pas reconnaître comme valables les mariages contractés par leurs nationaux à l'étranger sans que cette prescription ait été observée. »

Les mariages valables suivant la *lex loci* et suivant la loi nationale des parties, sont valables partout. Mais, quelle est la valeur d'un mariage valable en France, et nul dans le pays d'origine des parties ? Ce mariage sera-t-il valable dans les tiers pays ?

Partisans de la personnalité des lois, et considérant la règle *Locus regit actum*, comme une exception du principe qui veut que les lois suivent le national partout, nous devons conclure à la nullité de ces mariages dans les tiers pays. La convention de La Haye ne contient rien à ce sujet, mais il paraît que, suivant

(1) Les prescriptions religieuses font loi en Russie, en Pologne, en Serbie, au Monténégro, en Bulgarie, en Grèce, en Ecosse, en Irlande, au Canada, à Jersey et Guernesey, à Malte, dans la République de San-Marino, sur le territoire de la Croatie-Slavonie. Elles font également loi, mais le mariage civil est admis à titre exceptionnel en Autriche, en Espagne, en Suède, en Norvège, au Guatemala et au Pérou. Les mariages religieux ou civil sont facultatifs en Angleterre, aux Etats-Unis, au Portugal, au Danemark (v. Regnault, *op. cit.*, p. 4 et 5 et L. Boujol, *op. cit.*, *passim*, v. aussi ci-dessus, ch. III.)

les explications de M. Renault, de tels mariages doivent être tenus pour valables par tous les autres pays, même par ceux qui exigeraient de leurs nationaux l'accomplissement de cérémonies religieuses (1).

Mais lorsque le mariage est nul suivant la *lex loci* et valable selon la loi nationale, quelle sera sa valeur dans les tiers pays ? Selon le même principe que tout à l'heure, le mariage sera valable dans les tiers pays. Ainsi deux Russes se marient en France devant le prêtre de leur culte. Même si la loi française ne voulait pas reconnaître la validité d'un tel mariage, tous les autres pays le considéreront comme un véritable mariage, car il est regardé comme tel par la loi russe (2).

Ceci est conforme à la convention de La Haye du 12 juin 1892. « Le mariage, dit l'art. 7, nul quant à la forme dans le pays où il a été célébré, pourra néanmoins être reconnu valable dans les autres pays, si la forme prescrite par la loi nationale de chacune des parties a été observée ».

(1) Lainé, *La conférence diplomatique de La Haye relative au droit international privé* (3<sup>e</sup> session, 29 mai-19 juin 1900), dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1901, p. 30.

(2) V. cependant Fiore, *op. cit.*, t. II, n<sup>o</sup> 634, p. 534.

**SECTION III. — Troisième hypothèse : Mariage entre Français et Etrangers ou entre Étrangers de nationalité différente.**

Lorsqu'il s'agit d'un mariage à contracter en France entre un Français ou une étrangère, ou entre un étranger et une Française, ou encore entre personnes appartenant à des pays qui admettent des principes différents, on dit que l'observation des formalités prescrites par la loi française s'impose d'une manière absolue. « Pour que l'option fût possible et valable, dit M. Weiss, il faudrait qu'elle pût être exercée conjointement par les deux parties en faveur de leur loi personnelle, or, si elles sont de nationalité différente, pareille option se heurte à un obstacle insurmontable. Dès lors le mariage entre Français et étrangère ou même entre deux étrangers, n'ayant pas la même patrie, ne peut être célébré en France que dans les formes françaises. Ainsi... la règle *Locus regit actum* est toujours impérative, lorsque deux personnes de nationalité différente interviennent à l'acte dont il s'agit d'apprécier les formes externes (1). »

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 490 et 491. Cf. Laurent, *op. cit.*, t. IV, p. 466 et suiv. ; Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édit., n<sup>o</sup> 390, p. 401 ; Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 488 et suiv. ; Tribunal civil de Seine, 27 juillet 1897 (*Journal du dr. int. pr.*, 1897, p. 1030. — V. Cepen-

« Si les futurs appartiennent à des nationalités différentes, dit M. von Bar dans son rapport à la session de Heidelberg, la loi nationale du mari ne pourra pas régir seule les formes du mariage. Il est vrai que la femme mariée doit être naturalisée par le fait même du mariage, et dès le mariage, la loi nationale du mari devient de même la loi nationale de l'épouse ; mais la question de savoir s'il y a mariage, notamment si les formes du mariage sont observées, est préjudicielle. On ne pourrait donc pas déclarer valable, quant à la forme, le mariage célébré seulement dans les formes légales du pays auquel appartient le mari... (1). »

Il semble donc que dans ce cas l'observation de la *lex loci* s'impose.

### TITRE III

De la compétence à attribuer en matière de célébration de mariage aux agents diplomatiques et consulaires.

Nous avons déjà signalé des difficultés de l'application de la règle *Locus regit actum*. Ainsi deux Français veulent se marier en Chine où l'état civil n'est

dant les considérants de l'arrêt de la Cour de Paris du 31 décembre 1907 (*Journal*, du 20 mars 1908).

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1888, p. 77.



pas régulièrement constitué ; ou dans un pays où le mariage religieux est seul admis, et que des scrupules de conscience les empêchent de se soumettre aux rites d'une Eglise ; ou encore dans un pays où le mariage est rendu trop facile par des autorités ignorantes des prescriptions de la loi française, qui prêtent trop volontiers leur concours à un mariage qui a toutes les chances d'être annulé. Pour obvier à ces inconvénients et à d'autres, et pour faciliter aux nationaux à l'étranger un mariage légitime, dont la validité ne puisse pas être mise en doute, tant au point de vue du fond que de la forme, le législateur français a donné aux agents diplomatiques ou consulaires, qui représentent la France à l'étranger, compétence pour célébrer le mariage de ses nationaux, dans les formes prescrites par la loi française.

D'autres Etats ont attribué des droits analogues à leurs représentants.

#### **SECTION I<sup>re</sup>. — Fondement rationnel de cette compétence.**

Quel est le fondement du droit, attribué aux agents diplomatiques et consulaires, de procéder en pays étranger à la célébration du mariage de nationaux ?

Certains auteurs le rattachent à l'exterritorialité diplomatique. Suivant cette fiction, l'hôtel de l'am-

bassadeur est considéré comme faisant partie intégrante de l'Etat que cet ambassadeur représente et le mariage qui y est célébré est censé avoir lieu sur le territoire même de cet Etat (1). « La conséquence de ce système, presque universellement repoussé, observe très judicieusement M. Weiss, c'est que, de même qu'un maire français pourrait recevoir en France un acte de l'état civil concernant conjointement un étranger et un Français, ou même exclusivement un ou plusieurs étrangers, de même aussi nos agents accrédités à l'étranger seraient fondés à dresser des actes de l'état civil intéressant des personnes de nationalité étrangère (2). » Cette conclusion est logique, et pourtant, même d'après ce système, personne n'a jamais songé à investir ses agents à l'étranger d'un pouvoir sur des personnes qui ne se rattachent à la métropole. « Les fictions — dit M. Contuzzi — ne valent que par les principes qu'elles représentent. Le principe représenté par la fiction d'extraterritorialité est l'inviolabilité, l'indépendance de l'agent diplomatique, exemption, pour sa

(1) Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. II, p. 59 ; Emile Stocquart, *Le privilège d'extraterritorialité spécialement dans ses rapports avec la validité des mariages célébrés à l'ambassade ou au consulat* (Extrait de la *Revue de droit international*), p. 7 et s. ; De Clercq et Vallat, *Guide pratique des consulats*, t. I, p. 383.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 252. Cf. Paul Pic. *op. cit.*, p. 104. V. aussi Trib. civ. Seine, 11 décembre 1868, infirmé par l'arrêt de la Cour de Paris, 6 avril 1869 (Sir., 1870.2.178).

famille et sa suite, de la juridiction civile et criminelle du lieu où il remplit ses fonctions, franchise de sa demeure qui reste fermée aux visites de la police et de la justice locales, droit d'y avoir une chapelle avec le libre exercice de son culte ; telles sont les principales prérogatives, dont l'ensemble constitue le privilège d'extraterritorialité. Mais cette fiction ne doit pas être étendue au delà des limites que lui assigne son but ; créée pour la protection des agents diplomatiques, où s'arrête leur intérêt légitime, elle s'arrête elle-même ; elle s'efface devant la réalité ; et le droit commun reprend son empire. La fiction d'extraterritorialité ne saurait donc être invoquée jusqu'au point de justifier dans les agents étrangers l'exercice des fonctions qui sont propres aux officiers locaux (1). »

En réalité, la justification de la compétence des agents diplomatiques et consulaires doit être cherchée ailleurs. Nous avons vu, d'une part, qu'un national ne peut se soumettre aux formes locales, lorsqu'elles sont en opposition avec ses convictions religieuses ; d'autre part, que malgré le droit, qu'a tout national qui se trouve en pays étranger, de se marier suivant les formes édictées par sa loi nationale, cette observation lui soit impossible lorsque, par exemple, une

(1) Contuzzi, dans la *Revue pratique de dr. int. pr.*, 1890-91, 2, p. 132.

Eglise est seule dépositaire de l'état civil. Et, comme la *Locus regit actum* n'est qu'une exception au principe de la personnalité, on revient à ce principe, dans l'intérêt des personnes, en permettant le mariage de ses nationaux devant les agents diplomatiques et consulaires, et suivant les formes établies par la loi nationale.

Reste seulement à savoir si l'ordre public local n'est pas troublé par la célébration d'un mariage entre étrangers par un représentant du pays auquel ils ressortissent. L'ordre public local est troublé, disent quelques auteurs, car le fait de déterminer les solennités qui doivent être observées pour la célébration des mariages en pays étranger, d'y instituer des fonctionnaires ayant droit d'instrumenter, constitue une usurpation sur les droits du souverain territorial. « Qui a le droit, dit Laurent, d'instituer des fonctionnaires ayant pouvoir d'instrumenter dans un pays ? Le souverain territorial et ce souverain seul... Le Code civil veut que le mariage soit célébré conformément aux lois françaises (art. 48). Voilà déjà un fait qu'il est impossible de concilier avec la souveraineté territoriale : le mariage, le plus solennel des actes, se célèbre, dans l'empire de Chine, en vertu de la loi française et par un fonctionnaire français. L'ambassadeur ou le consul, au jour fixé par les parties, dans son hôtel, en présence de quatre témoins, fait lecture aux futurs époux du chapitre VII

du titre V du Code Napoléon. C'est donc une loi étrangère qui parle en Chine et y exerce son empire. Qu'on veuille bien me dire en vertu de quel droit ? Après avoir reçu de chacune des parties la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, l'ambassadeur prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies en mariage (art. 75). Cette loi, au nom de laquelle l'agent diplomatique prononce l'union, est le Code Napoléon, expression de la souveraineté française ; c'est donc au nom d'une souveraineté étrangère qu'un agent étranger exerce un ministère public. L'usurpation est patente. Cet acte, d'après la vigueur des principes, est nul et de nullité radicale (1) ».

On voit très clairement ce qu'a d'exagéré une telle théorie. Nous ne comprenons pas comment l'envoi d'un officier public français dans un pays étranger serait une atteinte à la souveraineté de ce pays, car cet officier, lorsqu'il célèbre le mariage, n'est pas une partie de l'autorité publique française, mais simplement, comme tous les officiers de l'état civil, un *témoin authentique* (2). « Si un mariage, dit excellemment M. Lehr, est reconnu *ipso facto* lorsqu'il a été célébré par un officier de l'état civil du pays d'origine, pourquoi ne le serait-il pas lorsqu'il

(1) Laurent, *op. cit.*, t. IV, n° 247.

(2) Merlin, *Répertoire*, v. *Mariage* ; Arsène Laurent, *op. cit.*, p. 20 et 21.

l'a été par un agent diplomatique ou consulaire auquel sa loi nationale confère cette attribution spéciale ? En quoi cet agent empiète-t-il sur les droits de l'autorité territoriale ? Le mariage ne confère, sur le territoire étranger, aucun droit particulier ; il n'est subordonné à aucun *exequatur*, à aucun contrôle ; la célébration de cet acte n'est, à aucun degré, un acte de juridiction même non contentieuse : en quoi fait-elle échec à la souveraineté locale, puisqu'il n'en découle aucun droit ni prorégative quelconque à l'encontre du pays étranger ou de ses habitants ? L'Etat, en vertu de sa souveraineté, est fondé à s'opposer à l'exercice de toute autorité concurrente ou contraire ; la célébration du mariage n'est pas un acte d'autorité ou de puissance, c'est la simple constatation solennelle, tant du consentement des futurs conjoints, que de l'absence de tout empêchement légal, d'après leur loi nationale que les futurs époux ont le devoir strict d'observer en tout ce qui touche aux conditions de validité intrinsèque de leur mariage. Or, qui est mieux placé qu'un agent de leur pays pour s'assurer que ces règles ont été observées ? Et quel intérêt les fonctionnaires locaux ont-ils à assumer, vis-à-vis d'étrangers, la responsabilité de cette vérification ? (1) »

(1) E. Lehr, dans la *Revue générale du droit international public*, 1894, p. 100.

Ainsi, l'ordre public ne peut être invoqué pour repousser la compétence des agents diplomatiques et consulaires de célébrer le mariage de leurs nationaux.

## SECTION II. — Etendue de cette compétence.

Quelle est l'étendue de la compétence de ces agents ?  
Peuvent-ils célébrer le mariage entre personnes dont une seule appartient à l'Etat qu'il représente ? Ou leur compétence est-elle limitée au mariage seul entre ressortissants de cet Etat ?

M. Ch. Brocher se demande « pourquoi ne consacrerait-on pas la validité du mariage célébré par un officier compétent à l'égard de l'une ou de l'autre des parties ? D'urgentes nécessités ne semblent-elles pas l'exiger ? Cette règle n'est-elle pas consacrée pour la compétence ordinaire en fait de célébration ? De puissantes analogies ne peuvent-elles pas induire en erreur, en faisant penser qu'il doit en être de même à l'égard de cette compétence consulaire ou diplomatique ? (1) »

Les conclusions de MM. Arntz et Westlake, à la session de Munich de l'Institut de droit international, proposaient que « tous les Etats autorisent

(1) Ch. Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, p. 144.



leurs agents diplomatiques ou consulaires... à célébrer des mariages entre leurs sujets et des étrangers... (1) » Celles de MM. von Bar et Brusa, à la session de Bruxelles, décidaient que « sont valables quant à la forme... les mariages célébrés en pays étranger conformément à la législation nationale du mari, devant les autorités diplomatiques et consulaires » (2). A la même session, le contre-projet de M. Koenig prévoyait que « si les époux appartiennent à des pays différents, c'est le consul du mari qui doit être reconnu compétent » (3). A la session de Lausanne, l'Institut de Droit international a adopté des conclusions où nous retrouvons la même idée : « Si dans un pays la forme de la célébration est purement religieuse, les étrangers doivent être autorisés à célébrer leur mariage selon les formes de leur pays d'origine ou *devant les autorités diplomatiques et consulaires du mari*, même si dans les pays où ils sont accrédités leur qualité d'officier d'état civil n'est pas reconnue (4) ».

La Conférence de La Haye, en 1893, adoptait, dans son art. 5, le texte suivant : « Sera également reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré devant un agent diplomatique ou

(1) *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1885, p. 45.

(2) *Ibid.*, 1886, p. 67.

(3) *Ibid.*, 1886, p. 70.

(4) *Ibid.*, 1889, p. 75.

consulaire, conformément à sa législation, *si les deux parties contractantes appartiennent à l'Etat dont relève la légation ou le consulat*, et si la législation du pays où le mariage a été célébré ne s'y oppose pas (1). » Mais à la session de 1900, la Conférence revenait sur ces décisions antérieures et le texte adopté devint l'article 6 de la Convention signée en 1902. « Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, dit cet article, le mariage célébré devant un agent diplomatique ou consulaire, conformément à sa législation, *si aucune des parties contractantes n'est ressortissante de l'Etat où le mariage a été célébré* et si cet Etat ne s'y oppose pas. Il ne peut pas s'y opposer quand il s'agit d'un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois. La réserve du second alinéa de l'article 5 est applicable aux mariages diplomatiques ou consulaires. »

La conférence a posé un principe très libéral : compétence des agents diplomatiques et des consuls, non seulement pour le mariage de deux de leurs nationaux, mais même pour les mariages où une seule des parties est leur ressortissante. Mais deux restrictions viennent limiter ce principe. La première est toute naturelle, elle retire compétence

(1) Pour les différents textes soumis à la conférence (1<sup>re</sup> session), voir baron Guillaume, *op. cit.*, p. 499 et suiv.

aux agents étrangers lorsque l'un des futurs est national de l'Etat où la célébration du mariage a lieu. Donc, en France, peut être célébré par le consul allemand, un mariage entre un Allemand et une Autrichienne, mais non entre un Allemand et une Française. La seconde restriction, survivance du projet de 1903, subordonne la validité de ces mariages à la permission de l'Etat sur le territoire duquel ils étaient célébrés. Cette disposition a soulevé bien des critiques. « A quoi bon, s'écriait M. Lehr, proclamer la validité de semblables mariages si la législation nationale et la *lex loci* sont d'accord pour la reconnaître ? Il est manifeste que, dans ce cas-là, elle ne pourra être contestée par personne, car nulle puissance tierce n'a ni droit ni intérêt à la mettre en doute. Si nous ne craignons de manquer de respect à la conférence, nous dirions qu'en affirmant une vérité aussi évidente, elle a enfoncé une porte ouverte. La question de validité ne peut se poser, et ne se pose, en fait, que dans le cas où la loi nationale, attribuant à l'agent diplomatique ou consulaire le droit de célébrer certains mariages, l'exercice de ce droit lui est dénié par les autorités du pays où il réside. Ces autorités n'ayant aucune qualité pour méconnaître un mariage valablement célébré d'après la loi nationale des époux, il importe de proclamer très haut que c'est à tort qu'elles s'opposeraient à la célébration ou prétendraient tenir

pour non avenu de mariage ainsi célébré. Il aurait donc fallu dire, à notre avis, exactement le contraire de ce que dit l'article, à savoir : que le mariage sera reconnu partout comme valable, encore que la législation du pays où le mariage a été célébré s'y oppose (1). » Il faut cependant remarquer que la partie finale du premier alinéa de l'article 6 corrige en partie ce principe, car on ajoute que l'Etat où le mariage a lieu « ne peut pas s'y opposer quand il s'agit d'un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois ». Il nous semble que cette adjonction suffit largement à conserver le principe, car *les obstacles d'ordre religieux* comprennent non seulement les empêchements résultant d'un engagement dans les ordres, de la qualité de prêtre, de la différence des religions, mais encore du fait que les époux n'ont aucune religion. D'autre part, lorsque les parties se trouvent dans un Etat où le mariage civil est institué, de tels empêchements n'existent pas, et alors même que cet Etat repousserait la compétence des agents diplomatiques ou consulaires qui se trouvent sur son territoire, les parties peuvent recourir aux formes locales.

Notons encore la réserve du second alinéa, iden-

(1) Lehr, dans la *Revue générale de dr. int. public*, 1894, p. 441 et 442.

tique à celle de l'article 6. La Russie ne reconnaîtra pas le mariage célébré en France, par le consul allemand, entre un Allemand et une Russe, car la législation russe exige une célébration religieuse.

En résumé, en dehors de toute convention diplomatique, l'on peut poser comme un principe certain la validité des unions entre nationaux célébrées par des ambassadeurs, ministres plénipotentiaires ou consuls ; si certains Etats se refusent à reconnaître la moindre valeur à ces mariages célébrés sur leur territoire, cela ne saurait empêcher les pays tiers de les considérer comme parfaitement valables. Restent les mariages entre personnes de nationalité différente, dont une seule est ressortissante de l'Etat que le consul représente, leur validité pourrait être mise en doute en l'absence de toute convention passée entre les Etats intéressés (1).

### Section III. — Législation comparée.

Les diverses législations quant à la compétence, pour célébrer les mariages, des agents diplomatiques ou consulaires, peuvent être réparties en quatre groupes. Le premier groupe comprend les

(1) L. Boujol, *op. cit.*, p. 177.

législations qui attribuent aux agents diplomatiques ou consuls compétence pour célébrer le mariage même au cas où la future est seule leur ressortissante ; il en est ainsi en Angleterre et en Allemagne. — Le second groupe est composé de pays comme la France, la Belgique, l'Italie et la Suisse, qui attribuent à leurs représentants à l'étranger compétence entre nationaux ou entre un national et une étrangère. — Le troisième groupe comprend les pays où cette compétence est réservée seulement pour les nationaux ; il en est ainsi dans les législations du Brésil, de l'Espagne, de la Hongrie, des Pays-Bas et de la Roumanie. — Enfin, font partie du quatrième groupe les pays qui ne reconnaissent aucune compétence aux agents diplomatiques et aux consuls, en matière de célébration des mariages : l'Autriche et les pays qui n'admettent que le mariage religieux.

I

En *Allemagne*, la loi de la confédération de l'Allemagne du Nord, du 4 mai 1870, proclamée loi de l'Empire le 16 avril 1871, donnait aux agents diplomatiques et consulaires compétence pour célébrer les mariages : « Le Chancelier de la confédération peut conférer à tout agent diplomatique de la confédération, pour toute l'étendue de l'Etat, près de la Cour ou du gouvernement duquel il est accrédité

et à tout consul de la confédération pour la circonscription de son ressort, le pouvoir général de célébrer civilement des mariages valables entre personnes appartenant à la confédération..., » (art. premier). — « Les dispositions qui précèdent sur la célébration des mariages peuvent être appliquées, non seulement lorsque les fiancés appartiennent à la confédération, *mais encore lorsque l'un d'eux seulement a cette qualité* (art. 10) (1). »

La loi d'Empire, du 6 février 1875, n'a pas abrogé les dispositions de la loi précédente. « La présente loi, dit l'article 85, ne déroge pas aux dispositions de la loi du 4 mai 1870, concernant le mariage et la constatation de l'état civil des sujets de l'Empire à l'étranger (2). »

Le nouveau Code civil allemand n'a rien changé sur ce point. — Mais l'article 13, § 3, du titre préliminaire rend obligatoires, pour les étrangers, les formalités exigées par la loi allemande et par suite leur enlève la faculté de recourir à leur consul pour la célébration de leur mariage (3).

Certains auteurs interprètent l'art. 85 de la loi de 1875

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1871, p. 75.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1876, p. 240. Cf. Weiss, *op. cit.*, t. III, P. 487, note 1 et 489, note 3 ; L. von Bar, Rapport à l'Institut de Droit international (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1888, p. 76).

(3) *Le nouveau Code civil allemand*, trad. O. de Meulenære.



d'une manière restrictive. Cet article. disent-ils, ne parle que du cas où les deux parties sont allemandes (1). Or, en lisant cet article, nous ne voyons aucune dérogation à l'état antérieur. M. de Kœnig cite un mémoire élaboré au *Ausrwaetige Amt*, en février 1878, d'où il résulte que les consuls allemands ne reçoivent l'autorisation d'exercer les fonctions d'officier de l'état civil en Europe que dans les pays suivants : l'Espagne, le Portugal, la Grèce, la Serbie et la Bulgarie (2). En tout cas, il existe, depuis le 4 mai 1891, une Convention conclue entre l'Allemagne et l'Italie, relativement à la faculté pour les consuls respectifs de procéder à la célébration des mariages (3).

En *Angleterre*, un *Act* fut passé par le Parlement, en 1823, pour valider les mariages célébrés dans les hôtels des ambassades ainsi que ceux qui seraient célébrés dans les factoreries britanniques, là où il ne serait pas possible de contracter un « mariage chrétien », en se conformant à la loi locale (4).

Le *Consular Act*, de 1849, déclare valables les mariages solennisés à l'étranger par l'ambassadeur ou

(1) Laurent, *op. cit.*, t. IV, p. 484 ; Paul Pic, *op. cit.*, p. 110.

(2) *Handbuch des deutschen Konsularwesens*, cité par le baron Guillaume, *op. cit.*, p. 376.

(3) Baron Guillaume, *op. cit.*, p. 377.

(4) Baron Guillaume, *op. cit.*, p. 422.

consul anglais agissant comme *registrar* ou par un *clergyman* de l'Eglise anglaise en présence de l'agent anglais, soit qu'ils aient lieu entre Anglais, soit même entre Anglais et étrangers (1). L'instruction du ministre des Affaires étrangères d'Angleterre, en date du 28 février 1867, reconnaît qu'un mariage célébré par un agent anglais entre un de ses nationaux et un étranger, bien que valable au regard de la loi anglaise, peut être tenu pour nul dans le pays de ce dernier; il en résulte que, lorsque les deux futurs ne sont pas Anglais, ils doivent bien s'enquérir des dispositions de la loi étrangère, afin d'éviter la nullité qu'elle édicte (2).

Cette loi fut modifiée par le *Consular marriage Act* de 1868 (3), par le *Marriage Act* du 18 juin 1890 (4), et par le *Foreign Marriage Act*, du 5 août 1891 (5).

Enfin le *Foreign Marriage Act* du 27 juin 1892 (mis en application depuis janvier 1893) a refondu toute la matière de la compétence consulaire en ce qui concerne la célébration du mariage (6). Sont com-

(1) Wheaton et Lawrence, t. III, p. 362 et suiv.; baron Guillaume, *op. et loc. cit.*; Paul Pic, *op. cit.*, p. 108.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 489, note 4; Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. II, p. 67; *Journal du dr. int. pr.*, 1881, p. 172.

(3) Wheaton et Lawrence, *op. et loc. cit.*

(4) *Annuaire de législation étrangère*, 1891, p. 82; baron Guillaume, *op. cit.*, p. 423 et suiv.

(5) *Annuaire de législation étrangère*, 1892, p. 105.

(6) *Ibid.*, 1893, p. 9, trad. de M. Darras.

pétents pour célébrer à l'étranger, suivant les formes prescrites par cette loi, entre parties dont l'une au moins est sujet anglais (art. premier), les fonctionnaires désignés par les règlements autorisés à cet effet par un *marriage warrant* du secrétaire d'Etat aux Affaires étrangères. Peuvent être déclarés ainsi compétents un ambassadeur, un ministre plénipotentiaire, un chargé d'affaires, ou un secrétaire de l'Ambassade ou de la Légation, un consul général, un consul, un vice-consul, un agent consulaire, un gouverneur ou un haut commissaire, un résident ou une personne désignée pour régir à leurs lieu et place (art. 11). Mais le fonctionnaire compétent a le droit de refuser de célébrer un mariage ou de permettre qu'un mariage soit célébré en sa présence, lorsque, d'après lui, cette célébration serait contraire au droit international ou à la *comitas gentium* (1).

II

*France.* — « Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera *valable* s'il a été reçu, *conformément aux lois françaises*, par les agents diplomatiques ou par les consuls », dit l'article 48, alinéa 1 du Code civil. De ce texte, corroboré par l'art. 15

(1) Art. 19. Cf. Art. 8 du *Foreign Marriage Act* du 5 août 1891 (*Annuaire de législation étrangère*, 1893, p. 9 et 1892, p. 105).

de l'ordonnance du 23 octobre 1833, il résultait que la compétence des agents diplomatiques et consuls français était limitée à la célébration des mariages entre Français. « De ce que l'art. 48 déroge, dit M. Weiss, à la règle *Locus regit actum*, et revient pour eux à l'application de la loi nationale, il suit qu'il ne peut avoir d'effet qu'au regard des Français (1). » Suivant ce principe, la Cour de cassation, par le fameux arrêt du 10 août 1819, cassa un arrêt de la Cour de Rouen qui avait validé un mariage célébré à Constantinople, par le vice-consul de France, entre un Français et une sujette ottomane. « Si les agents diplomatiques et les consuls, dit cet arrêt, ont été autorisés par l'art. 48 à recevoir les actes de l'état civil des français en pays étranger, conformément aux lois françaises, il résulte clairement et de l'essence des choses et du texte de la loi, qu'il ne s'agit que des Français uniquement, nos lois et nos agents n'ayant pouvoir à l'étranger que sur les nationaux (2). »

Mais les nécessités sont plus fortes que les principes, et cela d'autant plus que l'application de ces

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 254.

(2) Sir., 1819.1.444 ; Aix, 20 mars 1862 (Sir., 1862.2.387) ; Paris 6 avril 1869 (Sir., 1870.2.178) ; trib. Seine, 16 avril 1869 (*Gazette des tribunaux* du 5 juin 1869) ; 2 juillet 1872 (*Journal du dr. int. pr.*, 1874, p. 71) ; trib. civ. Epinal, 14 août 1889 (*cod. loc.*, 1889, p. 836). V. aussi Dalloz Pér., 1898.1. 420 et 1904.1.318.

principes aboutissait, en bien des cas, soit à rendre impossible le mariage entre nationaux et étrangers, soit à en rendre la constatation et la preuve des plus difficiles. Pour remédier à ces inconvénients, une loi du 29 novembre 1901 (formant le second alinéa de l'art. 170 du Code civil) a déclaré valable « le mariage contracté en pays étranger entre un Français et une étrangère, s'il a été célébré par les agents diplomatiques ou les consuls de France, conformément aux lois françaises » (1). Ainsi restent toujours en dehors de la compétence des agents diplomatiques et des consuls les mariages entre une Française et un étranger.

Cependant, il pouvait se faire que de pareils mariages ne fussent pas reconnus comme valables dans tous les pays et particulièrement dans celui de la célébration. Aussi, la loi du 29 novembre 1901 décida que « les agents diplomatiques ou les consuls ne pourront procéder à la célébration du mariage entre un Français et une étrangère que dans les pays qui seront désignés par décret du président de la République » (art. 170, al. 3, du Code civil). Le décret du 29 décembre 1901 (2) n'a accordé une compétence aussi

(1) Projet présenté à la Chambre des députés le 25 février 1899 par MM. Delcassé et Lebret ; voté par la Chambre sans discussion. Texte ; *Journal officiel*, 30 novembre et 1<sup>er</sup> décembre 1901 ; *Journal du dr. int. pr.*, 1902, p. 405 ; *Revue générale de dr. int. public*, 1901, p. 9.

(2) *Journal officiel*, 4 janv. 1902 ; *Journal du dr. int. pr.*, 1902, p. 405.

étendue qu'aux ministres résidant en Turquie, en Perse, en Egypte, au Maroc, à Mascate, au Siam, en Chine, en Corée, et pour diminuer encore le nombre de ces mariages et éviter dans la mesure du possible ce résultat désastreux, qu'un mariage tenu valable par la loi nationale des conjoints soit considéré comme nul dans le pays de la célébration, le ministre des Affaires étrangères a adressé une circulaire à tous les agents français à l'étranger, leur recommandant de ne marier un Français avec une étrangère qu'après s'être assurés de l'impossibilité réelle pour les futurs de s'unir selon les formes locales ; enfin, d'avertir les futurs que le mariage contracté par eux n'est nécessairement valide qu'en France (1).

Les différences entre les mariages célébrés en France, et ceux célébrés à l'étranger par les ministres et les consuls, sont contenues aux articles 14, 15 et 17 de l'ordonnance du 23 octobre 1833. — Art. 14 : « Les publications et affiches de mariage prescrites par le Code civil seront faites dans le lieu le plus apparent de la chancellerie du consulat. Les publications seront transcrites à leur date sur un registre coté et parafé... » — Art. 15 : « Aucun consul ne pourra célébrer un mariage entre Français, s'il ne lui a été justifié des publications faites dans le lieu de sa rési-

(1) Delpech, dans la *Revue gén. du dr. int. public*, 1901, p. 774.



dence, en outre des publications faites en France, lorsque les deux futurs époux ou l'un d'eux ne seront pas résidents et immatriculés depuis six mois dans le consulat, ou si les parents, sous la puissance desquels l'une ou l'autre des parties se trouverait relativement au mariage, ont leur domicile en France ». — Art. 17 : « Nous autorisons nos consuls à dispenser, pour des cas graves, dont nous confions l'appréciation à leur prudence, de la seconde publication lorsqu'il n'y aura pas eu d'opposition à la première ou qu'une mainlevée leur aura été représentée. » Sous ces réserves, les consuls se conformeront aux dispositions du Code civil (art. 63, 64, 75, 165, 76).

La publicité des mariages reçus à l'étranger par les agents français est assurée en France par la loi du 8 juin 1893, qui a ajouté à l'art. 48 du Code civil un deuxième alinéa ainsi conçu : « Un double des registres de l'état civil tenus par ces agents sera adressé, à la fin de chaque année, au ministre des Affaires étrangères, qui en assurera la garde et pourra en délivrer des extraits ».

En demandant aux gouvernements étrangers de considérer comme valables les mariages célébrés hors de France, la France s'engage à reconnaître la validité du mariage de deux étrangers de même nationalité, célébré par leur ambassadeur au consul ; mais il est juste de refuser toute force probante à un



mariage célébré en France par un consul étranger entre un Français avec une étrangère ou entre un étranger avec une Française (1). Pourrait-on cepen-

(1) Sur cette question nous reproduisons en partie l'article publié par M. Lehr à l'occasion du mariage d'un prince de Danemark à Paris, avec une princesse française (Marie-Amélie-Françoise-Hélène d'Orléans). Plusieurs journaux avaient annoncé que ce mariage, entre un Danois et une Française, sera célébré à la légation du Danemark ; ces journaux étaient mal renseignés, car il fut célébré à la mairie du VIII<sup>e</sup> arr. de Paris, par l'officier de l'état civil compétent.

« Le principe absolu en France, dit M. Lehr, est qu'un mariage n'existe qu'autant qu'il a été célébré par un officier de l'état civil français, et n'est valable qu'autant que cet officier était le fonctionnaire compétent à raison du domicile des futurs conjoints. Les pouvoirs de cet officier sont absolus et exclusifs. Un ministre étranger ne pourrait le lui disputer qu'en s'appuyant sur la règle internationale de l'extraterritorialité. Mais cette fiction, si justement battue en brèche par les jurisconsultes les plus autorisés, même alors qu'elle tend à protéger un ministre étranger dans l'exercice de ses attributions politiques et représentatives, peut-elle aller jusqu'à lui permettre de faire brèche à la législation du pays où il se trouve quand il s'agit d'intérêts exclusivement privés et d'un ressortissant de ce même pays ? En quelle mesure l'Etat ou le souverain étranger est-il intéressé à ce que son agent fasse concurrence, comme officier de l'état civil, aux fonctionnaires du pays et pour un de leurs nationaux ? Est-ce pour procéder à des actes de cette nature qu'il entretient une mission diplomatique ? Evidemment non. Qu'on veuille bien remonter à la source des choses : Pourquoi la règle de l'extraterritorialité a-t-elle été posée ? Uniquement pour que l'agent chargé de représenter et de défendre les intérêts de son pays à l'étranger jouisse, dans l'exercice de cette mission publique, d'une indépendance et d'une sécurité absolues ; réduite à ces proportions, la règle a été fortement contestée, mais peut se justifier ; étendue à d'autres cas, où l'intérêt de l'Etat étranger n'est plus en cause, elle manque de tout fondement

dant soutenir que depuis la loi du 29 novembre 1901, les agents et consuls étrangers peuvent valablement célébrer en France un mariage, lorsque l'une des parties est ressortissante de l'Etat qu'ils représentent et l'autre est ressortissante d'un autre Etat étranger?

rationnel et n'est plus qu'une anomalie inutile et dangereuse. A un autre point de vue, pourquoi, dans quel intérêt supérieur, par quel motif de justice ou tout simplement de courtoisie internationale la souveraineté territoriale s'effacerait-elle, dans ce cas, devant la fiction de l'extraterritorialité? Y a-t-il une bonne raison pour dispenser le Français de France de se soumettre à la loi nationale et requérir le ministère des fonctionnaires de son propre pays? Le Français à l'étranger, ou l'étranger en France peut avoir les plus sérieux motifs pour s'adresser aux fonctionnaires du lieu de sa résidence, et ne pas aller chercher chez eux ceux de son propre pays au prix d'un long et pénible voyage. Voilà pourquoi il est de principe international que l'acte célébré par un Français à l'étranger, et *vice versa*, est valable s'il l'a été conformément à la *lex loci*, et toutes réserves faites en ce qui concerne le statut personnel. Voilà pourquoi aussi les agents diplomatiques et consulaires sont réputés compétents pour une série d'actes concernant leurs propres nationaux à l'étranger. Mais lorsque ces actes intéressent un ressortissant du pays où ils se trouvent, ces agents doivent être considérés comme radicalement incompétents, d'une part, parce qu'ils n'ont sur lui aucune juridiction personnelle; d'autre part, parce qu'ils empièteraient sur la souveraineté territoriale de l'Etat près lequel ils sont accrédités. » Lehr, *Du mode de célébration en France d'un mariage entre Français et étranger* (*Journal du droit international privé*, 1885, p. 657 et suiv.). — V. Douai, 9 août 1843; Paris, 6 avril 1869 (D. P., 1872.2.246); trib. civ. Seine, 2 juillet 1872 et 21 juin 1873 (*Journal de dr. int. pr.*, 1874, p. 71 et s.); trib. civil. Epinal, 14 août 1889 (*cod. loc.*, 1890, p. 447); trib. civ. Seine, 6 juin 1893 (*cod. loc.*, 1893, p. 880); trib. civ. Angers, 27 juillet 1096. Laurent, *op. cit.*, t. IV, p. 466 et suiv; Weiss, *op. cit.*, t. III, pp. 108, 267 et note 2, 491 et note 2.

Certainement non, car la loi du 29 novembre 1901 et le décret du 29 décembre 1901 ne visent que des contrées où l'état civil n'est pas organisé. Doit-on assimiler la France à la Corée ou au sultanat de Mascate ? On est donc conduit à conclure au maintien de la jurisprudence antérieure à 1901.

*Belgique.* — La loi du 20 mars 1882, qui a remplacé l'article 170 du Code civil français, contient deux paragraphes, de l'article unique, concernant notre matière. — § 2 : « Les mariages entre Belges pourront également être célébrés par les agents diplomatiques et les consuls de Belgique, conformément aux lois belges. » — § 3 : « Les agents diplomatiques et les consuls de Belgique pourront célébrer les mariages entre Belges et étrangères, s'ils ont obtenu l'autorisation spéciale du minisire des Affaires étrangères. » Le législateur belge donc a agi avec la même circonspection que le législateur français de 1901 (1). En ce qui concerne la validité des mariages célébrés devant les agents diplomatiques et consuls étrangers en Belgique, la jurisprudence belge d'avant 1882 s'est prononcée de la même manière que la jurisprudence française (2).

(1) V. Albéric Robin., *op. cit.*, t. II, p. 46 ; circulaire du ministre des Affaires étrangères de Belgique, en date du 1<sup>er</sup> juillet 1882, (Guillaume, *op. cit.*, p. 332 et suiv.) ; E. Stocquart, *op. cit.*, p. 48.

(2) Stocquart, *Le privilège d'extraterritorialité, spécialement dans*

*Italie.* — L'article 29 *in fine* de la loi consulaire italienne, du 28 janvier, décide que les consuls italiens « peuvent également recevoir, *si les lois, les usages et les coutumes locales le permettent*, les actes de mariage entre un Italien et une étrangère ».

Les consuls des Etats étrangers en Italie peuvent procéder aux mariages de leurs nationaux, si leur loi leur attribue cette compétence. L'art. 9 du titre préliminaire du Code civil italien s'exprime en effet ainsi : « Les personnes disposantes et contractantes ont la faculté de suivre les formes de leur loi nationale, *pourvu que celle-ci soit commune à toutes les deux parties* (1). »

*Suisse.* — L'article 13 de la loi fédérale suisse, du 24 décembre 1874, dispose que « le Conseil fédéral est autorisé à donner, là où il jugera utile, aux agents diplomatiques et consulaires de la Confédération à l'étranger, des attributions relatives à la constatation des naissances et des décès des ressortissants suisses à la célébration des mariages entre Suisses et entre Suisses et étrangers. Il publiera dans ce but les règlements et les ordonnances nécessaires sur la base de la présente loi » (2).

*ses rapports avec la validité des mariages célébrés à l'ambassade ou au consulat, loc. cit.*

(1) Baron Guillaume, *op. cit.*, p. 434 et 436.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1876, p. 720.

Cependant, la Suisse refuse à reconnaître comme valables des mariages pareils célébrés sur son territoire, ce qui est au moins une inconséquence (1).

### III

Au *Brésil*, les décrets du 7 mars 1887 et du 24 janvier 1890 (2) donnent compétence aux agents diplomatiques et consulaires pour la célébration des mariages entre Brésiliens à l'étranger.

En *Espagne*, l'article 160 du Code civil, dans son alinéa dernier, attribue aux consuls et vice-consuls les fonctions de juges municipaux pour les mariages des Espagnols à l'étranger.

En *Hongrie*, les articles 29 de la loi XXXI de 1894 et 79 de la loi XXXIII, comptent, au nombre des officiers de l'état civil, les représentants diplomatiques et les consuls de la monarchie austro-hongroise et leurs suppléants dans la limite des pouvoirs conférés par le gouvernement hongrois. Cette compétence est restreinte aux nationaux seuls (3).

Dans les *Pays-Bas*, la loi du 25 juillet 1871 règle la compétence des consuls en matière d'état civil (4).

(1) V. communication de la légation suisse à Paris adressée au ministère des Affaires étrangères de France (*Journal du dr. int. pr.*, 1893, p. 654).

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1891, p. 924.

(3) *Annuaire de législation étrangère*, 1895, p. 362 et 405.

(4) L'article 3 de l'arrêt royal du 4 mai 1890, restreint ce pou-

La qualité d'officier de l'état civil n'est conférée aux consuls que par un arrêté royal, le Conseil d'Etat entendu (art 1<sup>er</sup>), et seulement pour les actes qui concernent les sujets néerlandais (art. 12). Cependant, au terme d'une convention consulaire conclue entre les Pays-Bas et le Brésil, le 27 septembre 1878, le consul néerlandais peut procéder au mariage de l'un de ses nationaux au Brésil, même avec une femme étrangère, pourvu qu'elle ne soit pas de nationalité brésilienne (art. 15) (1). Une disposition analogue se trouve insérée dans la convention consulaire conclue entre les Pays-Bas et le Portugal, le 1<sup>er</sup> décembre 1880 (2).

En *Roumanie*, loi du 21 mars 1875 sur l'organisation du ministère des Affaires étrangères, attribue aux agents diplomatiques et consulaires la qualité d'officiers de l'état civil (art. 38). La même disposition se trouve dans le règlement consulaire du 12 juin 1880 (art. 25) et dans la loi du 13 février 1894 sur la réorganisation du ministère des Affaires étrangères (art. 23). La compétence des ministres plénipotentiaires et consuls de Roumanie est restreinte au cas où les deux parties sont roumaines.

voir des consuls en Europe, aux consulats établis en Grèce, au Portugal, en Russie et en Turquie (Guillaume, *op. cit.*, p. 454).

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1880, p. 568.

(2) Guillaume, *op. cit.*, p. 455.



IV

Les législations, qui voient dans le mariage un acte essentiellement religieux, se trouvent amenées à le placer hors de la sphère de tout fonctionnaire civil : elles ne reconnaissent aucune compétence à leurs ambassadeurs et consuls en matière de célébration de mariages. De plus, suivant ces législations, la cérémonie religieuse constituant un principe d'ordre public international, les mariages célébrés par les représentants des puissances étrangères ne sauraient être reconnus valables dans ces Etats. Ainsi, la Russie, qui ne reconnaît pas les mariages de ces nationaux célébrés civilement à l'étranger en conformité avec la règle *Locus regit actum*, au nom de la même règle refuse de considérer comme légaux les mariages civils des sujets étrangers contractés aux consulats étrangers (1). L'Autriche, qui n'a jamais du reste réclamé une compétence d'officiers de l'état civil pour les consuls de la monarchie, regarde le fait qu'un consul étranger célébrerait le mariage de ses nationaux comme une atteinte à la souveraineté nationale. Ceci ressort de la déclaration du ministre de la justice, au Reichrath, le 19 mars 1875 (2). En

(1) Mandelstam, dans le *Journal du droit int. pr.*, 1902, pp. 259 et 462.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1876, p. 496.



Suède, une circulaire du ministère des Affaires étrangères du 1<sup>er</sup> juillet 1887, stipule que les consuls suédois n'ont pas le droit de constater l'état civil de leurs compatriotes à l'étranger (1). Pour la Norvège, la même circulaire fait loi.

Nous avons vu que l'article 6 de la Convention de La Haye, du 12 juin 1902, soumet la validité du mariage consulaire au consentement de l'Etat où le mariage est célébré. Cependant, ajoute l'article : « il ne peut pas s'y opposer quand il s'agit d'un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois ». Donc, même si un Etat considérant le mariage comme un acte religieux, se refusait à reconnaître la validité d'un mariage célébré par un agent diplomatique ou consulaire entre sujets de l'Etat qu'ils représentent, ce mariage serait valable partout ailleurs.

(1) Guillaume, *op. cit.*, p. 487.

Vu : le Président,

AMBROISE COLIN.

Vu : le Doyen,

CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

## TABLE DES MATIÈRES

---

|                                                                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>Bibliographie</i> . . . . .                                                                                     | v  |
| <i>Introduction</i> . . . . .                                                                                      | 1  |
| <br>LIVRE I. — Des conditions intrinsèques du mariage en<br>droit international privé et législation comparée. . . | 7  |
| CHAPITRE I. — Des conditions intrinsèques du ma-<br>riage chez les différents peuples civilisés . . .              | 7  |
| I. — Allemagne . . . . .                                                                                           | 8  |
| II. — Autriche-Hongrie . . . . .                                                                                   | 13 |
| § 1. — Autriche . . . . .                                                                                          | 13 |
| § 2. — Hongrie . . . . .                                                                                           | 19 |
| III. — Belgique . . . . .                                                                                          | 24 |
| IV. — Brésil (Etats-Unis du) . . . . .                                                                             | 25 |
| V. — Bulgarie . . . . .                                                                                            | 28 |
| VI. — Chili. . . . .                                                                                               | 30 |
| VII. — Danemark. . . . .                                                                                           | 35 |
| VIII. — Espagne . . . . .                                                                                          | 37 |
| IX — Etats-Unis de l'Amérique du Nord .                                                                            | 43 |
| X. — France . . . . .                                                                                              | 52 |
| XI. — Grande-Bretagne et Irlande . . .                                                                             | 69 |
| § 1. — Angleterre. . . . .                                                                                         | 69 |
| § 2. — Ecosse . . . . .                                                                                            | 74 |
| XII. — Italie . . . . .                                                                                            | 81 |
| XIII. — Mexique (Etats-Unis du) . . . .                                                                            | 85 |
| XIV. — Norvège. . . . .                                                                                            | 87 |
| XV. — Pays-Bas . . . . .                                                                                           | 89 |

|                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| XVI. — Portugal . . . . .                                                                                                                | 93  |
| XVII. — Roumanie . . . . .                                                                                                               | 97  |
| XVIII. — Russie . . . . .                                                                                                                | 106 |
| XIX. — Serbie . . . . .                                                                                                                  | 117 |
| XX. — Suède . . . . .                                                                                                                    | 119 |
| XXI. — Suisse . . . . .                                                                                                                  | 123 |
| XXII. — Turquie . . . . .                                                                                                                | 124 |
| CHAPITRE II. — Du conflit des lois relatives aux condi-<br>tions intrinsèques du mariage. . . . .                                        | 127 |
| Titre I. — Quelle est la loi applicable à l'étran-<br>ger. . . . .                                                                       | 127 |
| Section I. — Loi du lieu où l'acte s'accom-<br>plit . . . . .                                                                            | 128 |
| Section II. — Loi du domicile . . . . .                                                                                                  | 140 |
| Section III. — Loi nationale. . . . .                                                                                                    | 162 |
| Titre II. — Hypothèses pratiques du conflit<br>des lois quant aux conditions intrinsèques du<br>mariage . . . . .                        | 191 |
| Section I. — Première hypothèse. Deux<br>Français se marient à l'étranger . . . . .                                                      | 191 |
| Section II. — Deuxième hypothèse. Deux<br>étrangers de même nationalité se ma-<br>rient en France . . . . .                              | 214 |
| § 1. — Théorie du renvoi . . . . .                                                                                                       | 214 |
| § 2. — Notion de l'ordre public in-<br>ternational . . . . .                                                                             | 222 |
| § 3. — Application pratique de l'idée<br>de l'ordre public international . . . . .                                                       | 230 |
| Section III. — Troisième hypothèse. Ma-<br>riage entre Français et étrangers ou en-<br>tre étrangers de nationalité différente . . . . . | 259 |
| Section IV. — Des certificats établissent<br>la capacité matrimoniale des étrangers . . . . .                                            | 265 |
| LIVRE II. — Des formes du mariage en droit interna-<br>tional privé et législation comparée . . . . .                                    | 277 |

|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE III. — Des formes du mariage dans les<br>principaux pays du monde civilisé . . . . .   | 277 |
| I. — Allemagne . . . . .                                                                        | 278 |
| II. — Autriche-Hongrie . . . . .                                                                | 282 |
| § 1. — Autriche . . . . .                                                                       | 282 |
| § 2. — Hongrie . . . . .                                                                        | 287 |
| III. — Belgique . . . . .                                                                       | 291 |
| IV. — Brésil . . . . .                                                                          | 293 |
| V. — Chili. . . . .                                                                             | 295 |
| VI. — Chine . . . . .                                                                           | 297 |
| VII. — Danemark . . . . .                                                                       | 298 |
| VIII. — Espagne . . . . .                                                                       | 300 |
| IX. — Etats-Unis de l'Amérique du Nord .                                                        | 305 |
| X. — France . . . . .                                                                           | 313 |
| XI. — Grande-Bretagne et Irlande . . .                                                          | 323 |
| § 1. — Angleterre. . . . .                                                                      | 323 |
| § 2. — Ecosse . . . . .                                                                         | 328 |
| § 3. — Irlande. . . . .                                                                         | 334 |
| XII. — Grèce . . . . .                                                                          | 335 |
| XIII. — Italie . . . . .                                                                        | 336 |
| XIV. — Japon . . . . .                                                                          | 339 |
| XV. — Luxembourg. . . . .                                                                       | 339 |
| XVI. — Mexique (Etats-Unis du) . . . .                                                          | 340 |
| XVII. — Norvège . . . . .                                                                       | 341 |
| XVIII. — Pays-Bas. . . . .                                                                      | 343 |
| XIX. — Portugal. . . . .                                                                        | 345 |
| XX. — République Argentine . . . , .                                                            | 349 |
| XXI. — Roumanie . . . . .                                                                       | 350 |
| XXII. — Russie . . . . .                                                                        | 355 |
| XXIII. — Serbie . . . . .                                                                       | 360 |
| XXIV. — Suède. . . . .                                                                          | 362 |
| XXV. — Suisse . . . . .                                                                         | 364 |
| XXVI. — Turquie. . . . .                                                                        | 367 |
| CHAPITRE IV. — Du conflit des lois relatives aux<br>formalités extérieures du mariage . . . . . | 369 |

|                                                                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Titre I. — De la règle <i>Locus regit actum</i></b>                                                                                        | 369 |
| <i>Section I. — Fondement de la règle <i>Locus regit actum</i></i>                                                                            | 370 |
| <i>Section II. — Caractère de cette règle. La règle cesse-t-elle d'être appliquée en cas de fraude des parties.</i>                           | 374 |
| <b>Titre II. — Application de la règle <i>Locus regit actum</i>. Hypothèses pratiques du conflit des lois quant aux formalités du mariage</b> | 383 |
| <i>Section I. — Première hypothèse. Deux Français se marient à l'étranger</i>                                                                 | 384 |
| § 1. — Principe                                                                                                                               | 387 |
| § 2. — Publications (art. 170)                                                                                                                | 363 |
| § 3. — Transcriptions (art. 171)                                                                                                              | 406 |
| § 4. — Mariage des militaires, marins et personnes employées à la suite des armées                                                            | 412 |
| <i>Section II. — Deuxième hypothèse. — Deux étrangers de même nationalité se marient en France</i>                                            | 415 |
| <i>Section III. — Troisième hypothèse. Mariage entre Français et étrangers, ou entre étrangers de nationalité différente</i>                  | 436 |
| <b>Titre III. — De la compétence à attribuer en matière de célébration de mariage aux agents diplomatiques et consulaires.</b>                | 437 |
| <i>Section I. — Fondement rationnel de cette compétence</i>                                                                                   | 438 |
| <i>Section II. — Etendue de cette compétence</i>                                                                                              | 441 |
| <i>Section III. — Législation comparée</i>                                                                                                    | 449 |











